

*H*Derechos *Humanos* México

Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos

año 4, número 12, 2009



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS
M É X I C O



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS
M E X I C O

Centro Nacional de Derechos Humanos

Cupón de suscripción

Envíe este cupón con sus datos completos, así como el original de la ficha de depósito a la Subdirección de Distribución y Comercialización de Publicaciones, Oklahoma núm. 133, col. Nápoles, Delegación Benito Juárez, C. P. 03810, México, D. F. Tel.: 56 69 23 88, ext. 6103

Cuota de suscripción por un año (3 números al año): \$180.00
Forma de pago: depósito bancario en Grupo Financiero Banorte, número de cuenta 0175978980

Nombre: _____

Cargo: _____

Institución: _____

Dirección: _____ Colonia: _____

Ciudad: _____ Estado: _____ C. P.: _____

Teléfono: _____ Fax: _____ Correo electrónico: _____

Av. Río Magdalena 108, colonia Tizapán, Delegación Álvaro Obregón, C. P. 01090, México, D. F.
Tel.: 56 16 86 92, Fax: 56 16 86 86, página electrónica: www.cndh.org.mx,
correo electrónico: cenadeh@cndh.org.mx

H Derechos *Humanos* Mexico

Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos

año 4 • número 12 • 2009



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS
M É X I C O

Comité Asesor

Enrique Belda Pérez Pedrero (España); José Luis Caballero Ochoa (México); Miguel Carbonell Sánchez (México); Miriam Cárdenas Cantú (México); Víctor Manuel Collí Borges (México); Juan Manuel Charry Urueña (Colombia); Paulette Dieterlen Struck (México); Alejandro Straffon Ortiz (México); Yolanda Gómez Sánchez (España); Rafael Grasa Hernández (España); Consuelo Maqueda Abreu (España); Rafael Márquez Piñero (México); Ana Rosa Martín Minguijón (España); Víctor Manuel Martínez Bullé Goyri (México); Marcos Francisco Masso Garrote (España); Gonzalo Moctezuma Barragán (México); Julio César Ortiz (Colombia); Serafín Ortiz Ortiz (México); Ricardo Pozas Horcasitas (México); María Elena Rebato Peño (España); Francisco Javier Díaz Revorio (España); José Luis Soberanes Fernández (México)

Comité Editorial de la CNDH

Alán Arias Marín; Édgar Corzo Sosa; Jorge Robledo Ramírez; Manuel Generoso Becerra Ramírez;
María del Refugio González Domínguez; Nuria González Martín; Rigoberto Ortiz Treviño;
Victoria Adato Green

Reserva al título en Derechos de Autor: 04-2006-051514073300-102;
ISSN: 1870-5448; Año 3, Núm. 12, 2009

Editor responsable:
Eugenio Hurtado Márquez

Diseño de portada:
Éricka Toledo Piñón

Formación tipográfica:
H. R. Astorga

Comisión Nacional
de los Derechos Humanos
Periférico Sur 3469,
col. San Jerónimo Lídice,
Delegación Magdalena Contreras,
C. P. 10200, México, D. F.
Teléfono: 56 81 81 25
Lada sin costo: 01800 715 2000

Centro Nacional
de Derechos Humanos
Av. Río Magdalena núm. 108,
col. Tizapán, Delegación Álvaro Obregón,
C. P. 01090, México, D. F.
Teléfonos: 56 16 86 92 al 95
y del 97 al 99,
Fax: 56 16 86 86
Correo electrónico:
derechoshumanosmexico@cndh.org.mx

Contenido

Presentación

Alán Arias Marín

7

Artículos

El “como si” de la cuestión

Cesáreo Morales

13

Tesis sobre una aproximación multidisciplinar a los Derechos Humanos

Alán Arias Marín

35

Antropología y derechos humanos

Carlos Brokmann Haro

55

El derecho de los indios americanos en la historia de los derechos humanos

Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño

77

Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías
y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales

Moisés Jaime Bailón Corres

103

Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos

María Elena Lugo Garfías

129

La subjetividad jurídica del individuo: una visión desde el derecho
internacional

Luis Benavides

145

Derecho penal y derechos humanos

Jorge Robledo Ramírez

163

El derecho a la privacidad en las redes sociales en internet

Diego García Ricci

183

Los nuevos derechos humanos: el derecho al agua y al saneamiento <i>Luisa Fernanda Tello</i>	201
---	-----

Comentario bibliográfico

Panorama internacional sobre la interpretación y argumentación jurídicas <i>Alfredo Islas Colín</i>	227
---	-----

Nuevas adquisiciones

Agosto-septiembre 2009	249
------------------------	-----

Publicaciones recientes

Agosto-octubre 2009	265
---------------------	-----

Presentación

*Alán Arias Marín**

El número 12 de la revista *Derechos Humanos México*, del Centro Nacional de Derechos Humanos, instancia de investigación académica de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, contiene una serie de colaboraciones que asedian la doctrina y la práctica de los Derechos Humanos desde diversas perspectivas y, en consecuencia, resaltan aristas diversas de la compleja problemática que los conforma.

Ese esfuerzo múltiple, que conjuga tanto distintos puntos de vista teóricos como temáticas diferenciadas acerca del mismo objeto, quiere ser expresión de una de las características específicas de los trabajos de investigación que realiza la comunidad académica del Centro: sus modalidades interdisciplinarias, derivadas de la distinta formación teórica de sus miembros y, también, de un inicial empeño por un quehacer teórico multidisciplinario. Los trabajos que aquí se presentan indican un paso de esa *inter-multidisciplinarietà* espontánea, derivada de las diversas formaciones intelectuales e intereses culturales de los autores, hacia una toma de consciencia de tal situación, momento de hacerse cargo de esa condición en sus investigaciones.

Se trata de un primer ensayo explícito en ese sentido, que, además, ha permitido a los investigadores plantear el horizonte teórico de su trabajo, sus modos de abordaje a los temas, los criterios de selección de problemas y sus prioridades. La operación adopta modalidades diversas, desde aproximaciones a los Derechos Humanos desde diferentes disciplinas o subdisciplinas, la filosofía, la antropología, la sociología o la historia del derecho, el constitucionalismo, el derecho penal y el internacional. Asimismo, se aprecia en los trabajos ensayos de inscribir en la órbita de los Derechos Humanos objetos o derechos específicos como el derecho a la privacidad o al agua y al saneamiento. También hay indicios de una teorización sobre las

* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

nociones de interdisciplina y multidisciplina, así como ejercicios sobre el posible papel articulador de la filosofía o la filosofía del derecho para el estudio de ese objeto complejo, de consistencia irreductible, que son los Derechos Humanos.

La revista comienza con el texto del filósofo Cesáreo Morales, invitado en este número, titulado “El ‘como si’ de la cuestión”.

¿Qué hacer ante la violencia y la injusticia?, pregunta el autor; en la perspectiva de los Derechos Humanos en tanto que política, el texto responde en términos de la urgencia de una política de la *in-dirección* y el *rodeo*. La lucha —inacabable— por la libertad y la dignidad de los individuos, de vieja prosapia kantiana, aparece como imposible; una condición de posibilidad, de algún modo, inalcanzable. No obstante, hay que pensar y actuar “como si”. Ante una universalidad ética que es una aporía, una política fundada en el ‘como si’ pareciera ser el camino más abierto; esa es la tensión que ha de mantenerse entre el derecho —los Derechos Humanos— y el Estado, dado el objetivo común de tutelar la libertad y dignidad de los ciudadanos ante las amenazas perpetuas de violencia e injusticia.

En “Tesis sobre una aproximación multidisciplinar a los Derechos Humanos”, Alán Arias Marín postula una crítica relativa al dominio del Derecho en la teoría y la práctica de los Derechos Humanos. Fundamentar una postura así requiere de una crítica epistemológica y social, indica el autor. La revisión de las nociones de interdisciplina y multidisciplina sirve como el rodeo pertinente para pugnar por la plausibilidad de un punto de vista interdisciplinario y, eventualmente, multidisciplinar respecto de un objeto práctico multidimensional como es el de los Derechos Humanos.

En “Antropología y Derechos Humanos”, Carlos Brokmann, aborda el desarrollo de la relación entre la antropología y los Derechos Humanos. Encuentro determinado por la diferencia conceptual y los referentes teóricos específicos. La interacción entre ambos discursos, sin embargo, podría ser mutuamente productiva en virtud de una suerte de compromiso ético compartido, así como el genérico interés común por la protección y defensa de los derechos. El autor argumenta que, con independencia del debate filosófico, las diversas disciplinas antropológicas y su énfasis básico en el estudio de la alteridad, del “otro”, las posibilitan como un instrumento adecuado para la instrumentación de sistemas relativamente eficaces de derechos humanos, en contextos culturales particulares.

El “Debate indiano” (1493-1573), desarrollado tanto en España como en Hispanoamérica, propició una producción conceptual filosófica y jurídica acerca de la personalidad jurídica de los nativos. La discusión fue inéditamente trasatlántica, la de los que reflexionaron sobre el terreno y la de una corriente neo-escolástica de avanzada, principalmente en la Universidad de Salamanca. Las ideas y actividad de Bartolomé de las Casas, Domingo de Soto o Francisco de Vitoria, indujeron al Papa

Paulo III a la redacción de la bula *Sublimis Deus* (1537), donde se esbozaban principios de pretensión universal que apuntan en el sentido de los Derechos Humanos. En el texto, “El derecho de los indios americanos en la historia de los Derechos Humanos”, el conjunto de ideas implícitas en la discusión, contextualizada en el proceso de secularización ius-naturalista —con autores como Hugo Grocio y Vázquez de Mecha—, es interpretado, por Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño, como un avance sustancial que establecería las bases de un ideal universal de orden jurídico, antecedente y sustrato doctrinal de la concepción contemporánea de los Derechos Humanos.

Moisés Jaime Bailón Corres plantea un trabajo de inter-relación conceptual. “Derechos Humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas”, procede al análisis del término de Derechos Humanos como un concepto especificado históricamente, vinculado desde el plano de la historia concreta al desarrollo de la historia del derecho y materializado teóricamente en las, así denominadas, generaciones de derechos humanos. Esta temática se haya articulada con las configuraciones particulares de los Estados, donde examina sus relaciones respecto de los derechos de las minorías, dentro de las cuales destaca la problemática relativa a los pueblos indígenas, sus derechos y su elevación al plano internacional en algunos instrumentos jurídicos internacionales. Bailón Corrés insiste en la premisa básica de que se pueden y deben discutir conceptual y filosóficamente los fundamentos y contenidos de los Derechos Humanos siempre que se asuma que son, primordialmente, el resultado de una práctica, sobre todo, de luchas sociales que logran plasmarse en los órdenes jurídicos nacionales e internacionales.

El tema que da título al artículo de María Elena Lugo Garfías, “Los derechos económicos, sociales y culturales como Derechos Humanos”, muestra como con el Estado Moderno se implantaron los derechos civiles y políticos, pero que, tal y como enseñaron los múltiples conflictos políticos y sociales, éstos resultaron insuficientes para el logro de condiciones efectivas de igualdad. En el seno de ese proceso socio-político y jurídico, algunos derechos económicos, sociales y culturales fueron reconocidos a nivel constitucional en ciertos Estados, precediendo históricamente a la noción típica del Estado Social de Derecho y a sus ensayos de instauración efectiva; este hecho contribuyó al reforzamiento de los llamados DESC. Con mayor cercanía cronológica los Derechos Humanos han vivido un proceso de universalización mediante Declaraciones y Tratados internacionales, donde paulatinamente se han incorporado los derechos económicos, sociales y culturales. El cumplimiento efectivo de esos derechos, apunta la autora, se juega en la relación de procesos de complementación y equilibrio con los derechos civiles y políticos.

“La subjetividad jurídica del individuo: una visión desde el derecho internacional” es el artículo de Luis Benavides que podemos leer en este número. Las carac-

terísticas propias del Derecho Internacional inciden en el plano normativo, pero también en el modo de tratar sus respectivos sujetos de derecho, sobresalientemente, al individuo. El análisis de cómo la subjetividad jurídica del individuo ha evolucionado presenta la posibilidad de constatar el desenvolvimiento de diversas subdisciplinas del derecho internacional como el derecho internacional de los Derechos Humanos, El derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. Dicho desarrollo parece apuntar hacia la posibilidad de establecer una visión integral de nuevo tipo, promisoriamente interdisciplinar, en la protección internacional del individuo, a la que el autor denomina *corpus juris internacional* de la protección del individuo.

Por su parte, Jorge Robledo establece que la finalidad que persigue su texto “Derecho penal y Derechos Humanos” consiste en subrayar que existen paralelismos entre el derecho penal y los Derechos Humanos, lo que obligaría a una reconsideración que no los piense como incompatibles. La coincidencia mayor radica en que comparten elementos comunes en la perspectiva de una teleología de fines-valores comunes. Una aproximación en doble plano a la historia —contexto histórico y normativo—, así como una revisión de algunas características regulativas en ambas ramas, constituyen los elementos que harían posible elaborar un punto de vista que pueda auxiliar en una enmienda de la —a menudo— equivocada percepción acerca de ellos y de sus relaciones como disciplinas conexas.

El trabajo de Diego García Ricci, “El derecho a la privacidad en las redes sociales en Internet” analiza el novedoso fenómeno de las redes sociales en la Red, principalmente lo relativo al derecho a la privacidad y sus efectos e implicaciones en la esfera de los Derechos Humanos. El autor ofrece una conceptualización del contenido y alcances del derecho a la privacidad, con lo que establece el punto de partida para el estudio de sus interrelaciones con los ambientes virtuales, bajo los condicionamientos propios de la era digital. García Ricci incide en el sutil y complejo problema de las razones por las que los individuos difunden información personal sin reparar en los posibles daños a su vida privada.

En los últimos años, el derecho al agua y al saneamiento ha sido objeto de un notorio desarrollo al interior del sistema de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas. El tema es de acuciante actualidad y cargado de inevitables e inminentes riesgos. “Los Nuevos Derechos Humanos: El Derecho al Agua y al Saneamiento”, de Luisa Fernanda Tello, interviene en esa cuestión. Aún se debate —indica la autora— si el denominado “derecho al agua” es consistentemente un derecho humano propiamente dicho e independiente o se trata de un derecho derivado y vinculado a otros derechos humanos, la cuestión sigue abierta. En el trabajo se establecen aspectos centrales de la evolución, desarrollos y contenidos del derecho al agua y al saneamiento; el punto fuerte radica en la pretensión y necesidad de la exi-

gibilidad de ese derecho, los modos, mecanismos y condiciones internacionales y nacionales de su instrumentación.

Como podrá apreciar el lector de este número de la *Revista Derechos Humanos México*, las aportaciones de los autores confluyen en el esfuerzo por establecer modos de investigación de la teoría y la práctica de los Derechos Humanos. Se esboza una orientación en el sentido de conformar, interdisciplinariamente y respecto de distintos derechos y temas, una consistencia del conocimiento en correspondencia a ese objeto complejo y multifacético que es el de los Derechos Humanos.

El “como si” de la cuestión

Cesáreo Morales*

RESUMEN: El artículo refiere una serie de temas que apuntan al corazón de la problemática de los Derechos Humanos, su práctica y su doctrina: ¿qué hacer ante la violencia y ante la injusticia? En la perspectiva crítica de un entendimiento de los Derechos Humanos en tanto que una política, el autor cuestiona polémicamente uno de sus nudos básicos, el quehacer teórico y práctico de los Derechos Humanos; y responde en términos de una política de la *in-dirección* y el *rodeo*. La lucha —inacabable— por la libertad y la dignidad de los individuos, de vieja prosapia kantiana, aparecería como un imposible; una especie de trascendental, como una condición de posibilidad, de algún modo, inalcanzable. Ésa es, dice el autor, la tensión que ha de mantenerse entre el derecho y el Estado en la finalidad común de tutelar libertad y dignidad de los ciudadanos ante las amenazas perpetuas de la violencia y la injusticia.

ABSTRACT: *This article refers to a series of subjects that point to the heart of the matter of Human Rights, their practice and doctrine: what to do about violence and injustice? Taking a critical perspective from which human rights are understood as a policy, the author polemizes and questions one of its basic knots and answers in terms of the urgent need for a new policy of in-direction (in-dirección) and a detour (rodeo). The never-ending struggle for the individual's liberty and dignity, of old kantian lineage, appears as impossibility: a kind of transcendental and a possibility condition that is, in a way, unreachable. That is, according to the author, the tension between the law and the state that must be preserved in order to guarantee the citizens' liberty and dignity in the face of the perpetual threats of violence and injustice.*

SUMARIO: I. Hiperpolítica. II. Des-fundamento de moral, derecho y política. III. Relanzar la cuestión. IV. De vuelta a la cuestión: escenas. V. El “como si” de la cuestión.

* Profesor en el Posgrado de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional Autónoma de México.

I. Hiperpolítica

Ante la violencia urge una política de la *indirección*, la del *rodeo*. Partiendo de la deriva de Derrida que sigue a Freud en su duelo,¹ y pasando del “así son las cosas” a la tensión de su sin-futuro. Indirección, porque toda política va perdida. Una más que otra, sin duda, sobre todo, la que cree tener la dirección. Esta es la creencia de autoritarismos de toda índole, pequeños y grandes, embozados o al descubierto. Entre ellos, el más grave, el autoritarismo de la razón, el del que cree tener la verdad o, en su caso, ser el portador de una superioridad moral que le permitiría hablar con “aires de gran señor”. Engaño, simulación, hipocresía del salvador, ya que en la política nada está disponible, nada está a la mano, y ese “nada” es incalculable.

¿Qué hacer ante la violencia? ¿Qué ante la injusticia? Responder. Esa es la política de la *indirección*, el *rodeo*, el *velar*. Temor y temblor del decidir porque en ello va la vida. Su posibilidad y su imposibilidad urgen a la “necesidad moral” de la razón y, más todavía, a los gobiernos y a los que dicen “estar en la política”, y cuyo trabajo constante debería ser el de un desciframiento. Mas por lo pronto la política está perdida, siempre lo habría estado, pero, ahora, más que nunca, si es posible pensarla más allá o más acá de las máximas el “hombre lobo del hombre” y la “guerra de todos contra todos”.² Ante la violencia, una política en torno a “la vida”, sabiendo que no sabemos lo que es “la vida”, ni qué se dice cuando decimos “mi vida”. Por tanto, una política que pasa y no pasa por la religión y se tensa más allá de toda fe, en la fe-vida y la vida-fe, potencia: una política con fe y sin fe, una *hiperpolítica*, o sea, una política entre la posibilidad y la imposibilidad del vivir y del “vivir-juntos”.

Imposibilidad y posibilidad ante la pulsión de dominio que habita al hombre, señalada por Freud en *Más allá del principio de placer*. Pulsión de dominio, *Bemächtigungstrieb*, de aniquilación y crueldad asociadas a la pulsión de muerte, la de la vuelta a un estado orgánico anterior. Pulsión de dominio, simulacro del principio de placer, *repetición*. Se despliega en el juego del niño, en su bondad y su maldad infantiles. Y en la infatigable búsqueda de novedad del adulto, y en su “ir tras” cierta exuberancia, búsqueda atravesada siempre por una energía asesina que, a la menor distracción, arroja al “yo” sobre el otro para dominarlo, ejercer crueldad sobre él, destruirlo. Una “obsesión de repetición” que conduce al goce, y que cuando se opone al

¹ Sigmund Freud, *¿Por qué la guerra?*, escrito sobre el cual reflexiona Jacques Derrida en *Estados de ánimo del psicoanálisis. Lo imposible más allá de la soberana crueldad*, Buenos Aires / Barcelona / México, Paidós, 2001, p. 69.

² Emmanuel Kant, *La religión dans les limites de la simple raison* (1793), París, VRIN, 1943, p. 76, nota.

principio de placer presenta "un carácter demoníaco".³ Obsesión de muerte: violencia. Obsesión instigada por el "instinto" "de lo orgánico vivo de reconstruir un estado anterior"; "una especie de elasticidad orgánica, o, si se quiere, la manifestación de la inercia en la vida orgánica".

Instinto persiguiendo la regresión en "el curso vital". "Fin de la vida", no "un estado no alcanzado nunca anteriormente", sino "un estado antiguo, un estado de partida, que lo animado abandonó alguna vez y hacia lo que tiende por todos los rodeos de la evolución". Y concluye Freud esta parte de su exposición: "Si como experiencia, sin excepción alguna, tenemos que aceptar que todo lo viviente muere por fundamentos *internos*, volviendo a lo anorgánico, podremos decir: *La meta de toda vida es la muerte*. Y con igual fundamento: *Lo inanimado era antes que lo animado*".⁴ El lenguaje, todo el lenguaje, delata esta situación: "te voy a matar", "siento que me muero", "estoy hecho polvo", "tienes un corazón de piedra". Pulsión de muerte inseparable de la pulsión de dominio. Hombres demoníacos. Son fuertes las razones de esta política del rodeo, una hiperpolítica, vigilancia extrema y decisionismo preciso.

II. Des-fundamento de moral, derecho y política

Política, poder, soberanía, crueldad, "cosas muy oscuras", dice Derrida.⁵ "¿Qué debo hacer?" "¿Qué me está permitido esperar?", se pregunta Kant en relación a los principios "a priori" de la razón práctica. Respuesta kantiana: cumple siempre la ley moral, hazlo por respeto a ella, sin ninguna otra motivación, si puedes, esa es la máxima libertad. Y ante las leyes del Estado, mientras se mantengan como tales, aunque sean las que impone el más fuerte, se ha de cumplir el mismo principio, observar la ley por respeto a la ley, por más que "no hay derecho sin fuerza".

Aunque no hay continuidad existencial entre moral y derecho, la primera asiste de lejos y de cerca al segundo. Es una moral sin moral. Mejor aún, una moral antes de cualquier moral, que surge como pliegue de la inmanencia de "una vida", según la propuesta de Deleuze en su pequeño ensayo "La inmanencia, una vida..."⁶ "Pequeño y poderoso artículo, escribe Sloterdijk, que testimonia una metamorfosis moderna

³ *Más allá del principio de placer. Obras completas I*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1967, p. 1111.

⁴ *Ibid.*, p. 1112.

⁵ Jacques Derrida, *op. cit.*, p. 16.

⁶ Gilles Deleuze, "La inmanencia, una vida...", *Dos regímenes de locos. Textos y entrevistas 1975-1995*, Valencia, Pre-textos, 2007, pp. 347-351.

del problema metafísico de cómo pensar la individuación del absoluto”.⁷ Singulares en la inmanencia, pues la “vida está en todas partes”, y en la cual y desde la cual se dan todas las individualizaciones, las que se pueden pensar, las que se pueden decir, y las de lo impensable, las del enmudecimiento.

Esa singularidad de “la vida” se individualiza, yo y el otro, finito e infinito, relativo y absoluto, y hace brillar en el lenguaje y el sin-lenguaje dos puntos brillantes: libertad y dignidad, parpadeos del absoluto-singular, del absoluto-vida. Se des-fonda la moral en este sin-fondo, en este absoluto de la vida. Y el mejor derecho se des-fonda, por igual, siguiendo el estallido de esos puntos brillantes de altísima energía: libertad y dignidad. “El derecho es, pues, el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede unirse al arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”, escribe Kant.⁸ En esta proposición sin fundamento se articulan ruptura y continuidad, cercanía y distancia, sin que nada sea seguro. Porque el derecho se degrada y no hay nada que impida ni su manipulación ni su deterioro; porque el derecho será combatido o sustituido por otro derecho, mejor o impuesto por la mayor fuerza, incluso la de la mayoría parlamentaria, mientras la libertad “según una ley universal”, intocable, indemne y fuente de indemnidad, se aleja. Lo “universal”, aquí, la ley, se da siempre como particularidad que resulta de la cultura y sus paradigmas, del miedo y la culpa, de la política y la búsqueda del voto.

“Una ley universal de la libertad” *a priori* habría de determinar los arbitrios individuales y la voluntad general. Ley universal que no surge de la experiencia, lo que la abandonaría a las “causas naturales”, sino de la idea de libertad, idea de la razón práctica que, sin embargo, no puede ser expuesta por la razón pura. La idea de libertad, si bien, impensable, se prueba en la práctica. De ella se deducen las tres fórmulas clásicas de Ulpiano, según las cuales el derecho adopta su división general. Primera: “No hagas de ti mismo para los otros un simple medio, sino al propio tiempo sé siempre para ellos un fin”. Segunda: “No hagas daño a nadie”. Tercera: “Entra en un estado en el que cada uno, en cuanto a lo que es suyo, pueda estar asegurado contra cualquier otro”.⁹ La idea de libertad es aquí un origen sin origen, un destino, una batalla por ser, ¿por vivir?, ¿por sobrevivir? ¿Quién soy yo? Bien y mal surgen desde la libertad, desde esa rara facultad mediante la cual el hombre “admite” buenas y malas máximas, lo que lleva a decidir lo que es bueno y es malo. Se trata de individualizaciones en la inmanencia de “una vida”. En el hombre el libre arbitrio “significa solamente que posee en él un principio primero (insondable para nosotros” que le

⁷ Peter Sloterdijk, *Esferas II*, Madrid, Siruela, 2003, p. 473, nota 222.

⁸ *Doctrine du droit. Métaphysique des mœurs*, París, VRIN, 1971, p. 104. *Doctrina del derecho. Metafísica de las costumbres* (Primera parte).

⁹ *Ibid.*, División générale du droit, par. A, pp. 110-111. *Cursivas de Kant*.

permite decidir lo uno o lo otro;¹⁰ una "buena y mala disposición del espíritu (principio interior de las máximas)".¹¹

"¿Qué debo hacer?" Respuesta: "Cumple siempre la ley moral". Pero, una vez que se escucha este enunciado, la propia razón no es "indiferente": "*¿Qué puede pues resultar de ese actuar bien que es el nuestro?*"¹² La explicación postula la "idea de un legislador moral omnipotente, exterior al hombre, en cuya voluntad está el fin último (de la creación del mundo), lo que puede y debe ser, igualmente, el fin último del hombre". La moral lleva a la religión, pero a una religión que sería el punto más alto de la cultura, ya que "el fin último del hombre" se enuncia en esta "proposición": "Haz del mayor bien posible en el mundo tu último fin".¹³ Se está en la religión secularizada, la religión más allá de la religión, una posición, un modo de vida "en el mundo".

Pero, ni la moral ni las religiones han logrado dar este paso del más allá al acá, al aquí del mundo, al aquí del mundo sin mundo. No han llegado ni la paz perpetua, ni la república mundial que ha caído en lo irrisorio, ni "el mejoramiento moral del género humano".¹⁴ Las religiones han fallado permaneciendo en lo dogmático y lo cultural, y para Kant sólo el cristianismo sería una "religión moral", puesto que su principio fundamental es que "cada uno debe, de acuerdo a sus fuerzas, hacer todo lo posible para llegar a ser mejor, y no es sino cuando no ha escondido la mina que le ha sido dada como propia (Lc. XIX, 12-16), cuando ha empleado su disposición original al bien, para llegar a ser mejor, cuando puede esperar que, lo que no está en su poder, será completado por una colaboración de lo alto". De aquí el principio: "No es esencial, ni en consecuencia, necesario para cualquiera, saber lo que Dios hace o ha hecho por su salvación, sino saber *lo que él mismo debe hacer* para volverse digno de ese socorro".¹⁵ Colocarse en esa situación, hacer todo lo posible para ser mejor y hacer mejor el mundo, reconociendo, sin embargo, su "insuficiencia moral" para lograr ese fin y, por tanto, hacerse digno de ese "socorro" "de lo alto". A eso Kant llama la "fe reflexionante" (en cuanto a su posibilidad).¹⁶

"Lo que él mismo debe hacer" remite siempre a un imperativo, un trascendental, una idea que no se da en la experiencia, pero que es condición de la experiencia, condición de posibilidad de la experiencia. "Necesidad de la razón", aunque no se tenga medida de ella ni sea posible determinar sus alcances. ¿Hasta dónde llega tal necesidad? ¿A qué obligaría? Un imperativo absoluto, de otra manera no lo sería, no

¹⁰ *La religion*, Première partie, p. 39.

¹¹ *Ibid.*, p. 41, nota.

¹² *Ibid.*, Préface de la première édition (1793), p. 23. Cursivas de Kant.

¹³ *Ibid.*, p. 24, p. 27, nota.

¹⁴ *Ibid.*, Primera parte, par. III, p. 55.

¹⁵ *Ibid.*, Primera parte, Observación general, p. 76. Subraya C. Morales.

¹⁶ *Ibid.*, p. 77.

admite discusión, ni una casuística, ni excepciones. Un imperativo estratégico e hiperestratégico de la razón práctica. No pertenece a una metafísica, ya que no formaría parte de una estructura heterónoma revelada, dogmática o cultural, sobre la salvación. El “yo debo” no requiere de un Dios. El “yo debo” no salva, o no sabemos si salva, no podemos saber si salva. Tampoco forma parte de una ontología, estructura del ser, por lo menos, de una ontología explícita, de una explicación sobre su naturaleza. No es un “yo debo” inherente a la sustancia, ni él mismo es sustancial. Y esto es así, el “yo debo” no es ni metafísico ni ontológico, porque no es la fórmula de una subjetividad soberana, no se manifiesta en la transparencia de la conciencia, aunque, a veces, Kant emplea esta terminología, sólo se da como imperativo, ley, deber, prohibición, orden.

“Lo que él mismo debe hacer” remite al proceso inacabado del ensamblaje de vida y dimensión simbólica, de dimensión simbólica y vida. Este proceso del vivir simbolizado y de simbolización del viviente, incluye algo más que el lenguaje, todas las huellas simbólicas e hipersimbólicas, todas las violencias y todas las crueldades, hasta las que cada quien se imponga a sí mismo. Ruidos del vivir, gritos, quejidos, aullidos, maullidos, ladridos, rugidos, rastreo, trazos, borraduras, fintas, acercamientos y lejanías; capacidad de ser afectados por sonidos, olores, sabores, luz, sol, día y noche; capacidad de duelo ante la pérdida y, sobre todo, capacidad de dolor, afectación de la sensibilidad y, en lo imaginario y en el cuerpo-vida, capacidad de temer, de tener miedo, de temblar. La cuestión de la vida pasa por todo esto, la animalidad de la vida y lo simbólico, la animalidad humana y la humanidad animal, pasa, no tanto, por el compartir el hablar y un problemático pensar, sino por el emitir hombres y animales los mismos alaridos lanzados y recogidos por una fuerza misteriosa, los mismos quejidos de dolor a los que se refirió Bentham.

Desde estas huellas simbólicas, hipersimbólicas, se tejen los lazos de moral, derecho y política. “Lo que él mismo debe hacer”, todo lo que puede hacer, con todas sus fuerzas. Un imperativo trabajado por la debilidad y la insuficiencia, pero que abre la posibilidad de la cultura, la posibilidad de moral, derecho y política como terrenos en donde se construyen mundos en el sin-mundo. Sólo una posibilidad que, por igual, puede ser borrada, pues el “yo debo”, para cumplirse, no requiere más que del imperativo, pudiendo prescindir de las ideas de Dios, alma inmortal y salvación. El “yo debo” de origen moral se enlaza con el derecho, permitiendo que éste se muestre como tal, el derecho como derecho, derecho de la razón, razón del derecho, aun si no hay derecho sin fuerza, aun si el derecho es la razón del más fuerte. Apegarse al derecho porque es el derecho, sin otra consideración, ni la del temor, ni la de la utilidad. De ahí que las máximas de Ulpiano que marcan la división general del derecho, sean, sin más, prohibiciones y órdenes. “No hagas de ti mismo para los otros un simple medio, sino al mismo tiempo sé siempre para ellos un fin”. *“No hagas*

daño a nadie". "Entra en un estado en el que cada uno, en cuanto a lo que es suyo, pueda estar asegurado contra cualquier otro".

El "yo debo" se enlaza con la política porque el derecho nace de la política, y la política va con la enemistad. El "yo debo" se prueba en el derecho y en la política. En el derecho, como razón, en la política ante el arreglo del "vivir juntos". Un "yo debo" des-fundado, y que así, desfundado, debe prevenir, regular y neutralizar la violencia. Hacerlo sin fundamento heterónomo, lo que apenas permite vislumbrar un "estar sin estar" entre los otros, todos al ras del suelo. Un "yo debo" a ras del suelo. Sin duda, como observa Peter Sloterdijk, esta moral del imperativo ha sido zarandeada por los totalitarismos de diversa índole y sepultada por ascetas, resignados y cínicos. Sin embargo, no es el "yo debo" kantiano el que llevaría al totalitarismo, sino el "yo puedo" del poder y la violencia.

El "yo debo" del sin-poder, de los sin-poder, mantiene en desasosiego, desacomodo, inquietud, separación. Aun el asceta no descansa, pues no sabe hasta dónde ha de proteger la vida, la vida como exceso, el lujo de la vida, vida. Aun el resignado ha de reiterar el imperativo de la búsqueda del menor de los males. Aun el cínico ha de articular de otra manera el "yo debo" con el "yo puedo". Ir tras un nuevo "yo debo", más allá de la moral. La amoralidad existencial y estética de la postmodernidad que podría conducir a la "moralidad auténtica", provocaría este nuevo "yo debo", crítica, denuncia y desenmascaramiento del poder cínico, del Estado cínico, de la política y la democracia del cinismo. Sloterdijk se refiere al "amoralismo sistemático" de Heidegger, al concepto "circunspecto y revolucionario" de "una conciencia desconciada".¹⁷

"Hacer todo lo posible" para "ser mejor" "y hacer mejor el mundo" definen un orden de batalla, la batalla "contra la causa del mal que se encuentra igualmente en nosotros", al igual que "el germen del bien" y "que actúa en sentido contrario".¹⁸ Ahí está el mal, ahí están los males, las figuras siempre nuevas del mal enfrentadas con una política del mundo, una política de la humanidad, "sustancia razonable del mundo en general *en su perfección moral*".¹⁹ "Hacer todo lo posible" para "ser mejor" "y hacer mejor el mundo" frente al mal y la antihumanidad. Una oscilación que atraviesa el "vivir-juntos". Oscilación sin fin, interminable, entre el mundo y el sin-mundo de la violencia, el mal de los males. Entre sin-mundo y mundo una "distancia infinita". Escribe Kant: "Pero, la distancia del bien que hemos de realizar en nosotros, del mal de donde partimos, *es infinita*, y a este respecto, no se podrá nunca alcanzar el fin, en lo que concierne al acto, es decir, la conformidad de nuestra conducta con la san-

¹⁷ Peter Sloterdijk, *Crítica de la razón cínica*, Madrid, Siruela, 2003, p. 322, y nota 97.

¹⁸ *La religión*, Segunda parte, p. 81.

¹⁹ *Ibid.*, I, p. 85.

tividad de la ley. Es necesario, sin embargo, que haya acuerdo entre ella y la moralidad del hombre. Se debe, entonces, hacer consistir esta moralidad en la intención, en la máxima universal y pura del acuerdo de la conducta con la ley, que es el germen del cual todo bien surgir para desarrollarse, intención que se deriva de un principio sagrado que el hombre ha acogido en su máxima suprema. Ésa es una conversión que, siendo un deber, debe ser posible”²⁰ Conversión ante la violencia, ante el mal perpetrado y el que amenaza; conversión de la que depende el destino de “la vida”, la del singular y la de los singulares en su individualización en medio del “vivir-juntos; conversión, fe-vida, vida-fe.

III. Relanzar la cuestión

Primer problema. Las figuras de la violencia vuelven y se recrean en males mayores. Guerras, terrorismo, secuestros, trata de personas, explotación y exclusión. Los sistemas sociales se sostienen en una desigualdad autorreferencial y entrópica. Subsistemas/entornos, entornos/subsistemas, mecanismos de reproducción que, en última instancia, señalan el “secreto relacional”, le llama Sloterdijk,²¹ de la repetición destructiva.²² Reproducen la violencia, mientras de generación en generación se muere y se vuelven más crueles los mecanismos del “dejar vivir” y el “dejar morir”. Se repiten los males y se agrandan, y el desvío señala el caos. Ejemplo: la globalización. Capital financiero que crea su propio mundo ahora en crisis; ampliación de mercados con traslados innumerables de los procesos de creación de riqueza que a su paso acaban con el empleo; velocidad de la comunicación y la teletecnología que *todavía-no* alcanza a crear mundos; virtualidad de vida y cuerpo mientras se multiplican las amenazas. Globalización va con velocidad, virtualidad y violencia. Las nuevas figuras del mal son inherentes a ese proceso.

Segundo problema. El “vivir juntos” en su “secreto relacional” relampaguea como disgregación, dispersión y crueldad de unos hacia otros, comenzando por la de los gobiernos hacia sus propias sociedades. *Hiperbolización de la violencia* que en este mundo sin mundo relanza la *hiperbolización de una lógica de seguridad*, una lógica de fuerza y de fuerzas. Seguridad, paz, solución pacífica de los conflictos, nuevo mundo del derecho y nuevo mundo moral, representación y democracia, son términos que se refieren a lo inmune, indemne, salvo. Señalan, también, políticas del “vi-

²⁰ *Ibid.*, p. 92. Subraya C. Morales.

²¹ Peter Sloterdijk y Hans Jürgen Heinrich, *El sol y la muerte*, Madrid, Siruela, 2004, p. 145.

²² Claude Lefort, *La incertidumbre democrática*, Barcelona, Anthropos, 2004, p. 50.

vir juntos", del "vivir juntos" en un mundo, políticas de la posibilidad de mundo. Mas estas políticas y este *todavía-no*, señalan hacia esa hiperbolización de una lógica de seguridad. "No hay derecho sin fuerza", lo ve Kant con claridad y crudeza.

Tercer problema. Salta entonces en lo global y lo individual el ¿qué hacer? Pregunta antigua y nueva acerca de las condiciones de posibilidad de otro giro, otra razón, otra manera de construir mundos. Vida-libertades-justicia, son intensidades existenciales que exceden toda experiencia, y si se abre el oído a su vibración, y si la sensibilidad entera se deja afectar por ellas, se estaría en el umbral, sólo en el umbral de ese otro giro. ¿Qué hace surgir la pregunta qué hacer? ¿Qué la mueve? ¿Qué la haría pasar a una posibilidad, a la del acontecimiento? Otro giro. El giro hacia vida-libertades-justicia que sólo puede darse en el giro de "otro poder", el del poder de una conversión que oscila de manera permanente entre el mal a prevenir y la vida a salvar. Conversión hacia un decisionismo a favor de la vida, sin saber qué es la vida, salvo que se vincula con libertades (dignidad) y justicia. Pero, recordando incesantemente que esa conversión es acceder a otro poder, practicar una torsión en el poder, hacerlo otro. Y tener presente que sin este otro poder ningún derecho será protegido, y que mientras se atente contra la vida de los singulares en el "vivir-juntos", mientras la violencia mantenga la iniciativa, el discurso sobre los derechos humanos se convierte en simple ruido de muerte, ruido del duelo por no poder.

Ante estos tres problemas, por lo menos, habría que repensar el concepto de "fe reflexionante" de Kant. Indica el deber de cumplir la ley moral, en lo individual y, también, el de con todas sus fuerzas "hacer mejor el mundo", aunque no sepa si este fin se alcanzará. La ética del imperativo no es un moralismo formalista, ni de malas conciencias o de cristianos que confiesen sus pecados, es un aparato trascendental-existencial que se levanta para enfrentar el mal, los males, las nuevas figuras del mal, que como se ve, son siempre más violentas y destructivas, y alejan de seguridad, inmunidad y de los distintos procesos de poner a salvo. Se podría hacer el ejercicio de buscar otra opción, y no se encontrará. Se trata de una ética, de una moral, para enfrentar los males de la existencia, para pensar el "vivir juntos" en un mundo sin-mundo. Moral, derecho y política de aporía en aporía. Pensamiento de la aporía, el no-paso, lo imposible.

Aporía que lleva al *aut, aut*, la apremiante decisión del hombre moral ante el hombre del mal que puede ser el otro, pero que habita al propio yo. La libertad es primero, libertad en sí mismo, liberarse de las tendencias destructivas interiores. Y dignidad, esforzarse hasta el infinito para ser digno de sí mismo. Y, entonces, defender el "yo" como un fin, ante las esclavitudes que amenazan con convertirlo en un simple medio. Aporía de la guerra interna en el propio yo. Pero, al igual, aporía del otro que desemboca en la guerra de todos contra todos, si no se levanta una Idea

que la combata, regule y le imponga orden. Aporía de las naciones del mundo, guerra permanente si no se establece la posibilidad de la Idea de la Paz Universal. Ideas de la “fe reflexionante”, la “fe de la razón” que crea mundos en el sin-mundo.

El pensamiento kantiano se defiende por sí mismo, y muy bien. Siempre ha estado en el *kampfplatz*, en las batallas que el mismo Kant reseña. En contra y a favor de Platón, en contra y a favor de Aristóteles, Descartes, Hobbes y Hume. Batallas que culminan en una revolución, la revolución “copernicana”, como él mismo le llama, sin olvidar que revolución va con conversión y viceversa. En el debate, la cuestión de la razón, ¿la razón de la vida? Contra Aristóteles y contra todo empirismo, elaboró una arquitectónica de lo que sería posible pensar y, todavía, permanece ese dilema. No acude a la duda, como Descartes, ni a la locura, pero, fue más allá, hasta postular la imposibilidad de conocer el “en sí” y asentar el conocimiento como un constructo del entendimiento bajo las ideas reguladoras de la razón. Un conocimiento, por tanto, también sin fundamento.

En los terrenos de razón práctica, de la “necesidad de la razón”, el libre arbitrio insondable accede a un “en sí”, intención trabajada por la debilidad moral que se manifiesta como sujeción a la máxima moral o del derecho, pero que no sabe si, finalmente, se hizo lo mejor y ella misma se ha vuelto mejor, ni tampoco, si ha contribuido a que el mundo sea mejor. El debate con Hobbes está presente en momentos tensos de su obra, ahí en donde el derecho es razón, pero, al igual ha de ser fuerza, coerción pura. Las referencias a Hume tienen que ver con la vida-potencia y las de los clásicos del derecho, incluso del derecho romano, con la “nuda vida”.²³ Pensamiento de la aporía, excedido, como lo constatan Hegel y Marx, Nietzsche y Freud, Husserl, Schopenhauer y Heidegger. Cuestión de la vida, vida-exceso, vida-potencia. Y cuestión de cómo “vivir-juntos”

Esa cuestión se expone ampliamente en la Tercera parte de *La religión en los límites de la mera razón*. En esta vida, la única batalla es entre el bien y el mal, entre la razón del bien y la razón del mal. Hiperbolización de bien y mal, una oscilación. Hiperbolización de la violencia y de la lógica de seguridad, sin salida. La razón legisladora, por su misma “necesidad”, no sólo ordena al individuo observar la ley, sino que ella misma, “ondea la bandera de la virtud” para reunir a todos aquellos que están a favor del bien y luchar contra el mal que “los ataca sin tregua”. Reunirlos en una “sociedad ética”, “unión de los hombres bajo las leyes de la virtud y en vistas de esas le-

²³ Giorgio Agamben, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-textos, p. 72: “Pero ¿qué es una tal ‘forma de ley’? Y sobre todo, ¿cómo hay que comportarse frente a ella, desde el momento en que la voluntad no está determinada aquí por contenido particular alguno? ¿Cuál es, en consecuencia, la *forma de vida* que corresponde a la *forma de ley*?” Subraya G. Agamben.

yes", "y en la medida en que esas leyes son de orden público, una sociedad *civil ética* (por oposición a la sociedad civil jurídica), o, todavía, una comunidad *ética*".²⁴

De acuerdo a la explicación que sigue a esa convocatoria, "una sociedad *civil ética*" o "una comunidad ética", no sólo puede subsistir en una "comunidad política", de tal manera que todos los miembros de ésta lo sean también de aquélla, sino que de no existir "como base" la "comunidad política", la "comunidad ética" "de ninguna manera podría ser instituida por los hombres". Sin embargo, el principio de la virtud distingue a una de otra, de manera esencial, por su "forma" y su "constitución". Pese a ello, mediante "cierta analogía", la comunidad ética "puede igualmente ser llamado *estado ético*", "reino de la virtud (del buen principio) cuya Idea tiene en la razón humana su realidad objetiva completamente fundada con solidez (en tanto que deber de unirse en un Estado de ese género), aunque subjetivamente no se podría nunca esperar del buen arbitrio de los hombres, que quieran decidirse a trabajar por ese fin en la concordia".²⁵

Como se ve, existe una distinción de naturaleza entre ética y política, entre ética y derecho y, al mismo tiempo, entre ellos se genera una tensión teleológica, tanto en el hombre por separado como en la comunidad, una tensión provocada por el fin, el *telos*, que, como tal, nunca será alcanzado. De cualquiera manera, el principio ético, la virtud, el cumplimiento de la ley moral, no sólo se define como *telos*, fin a alcanzar, sino que la tensión que provoca en la lucha contra el mal, el empuje que crea, lo convierte en un principio práctico con efectos en el derecho y la política, y en una idea reguladora en ambos terrenos. A este principio ético así desdoblado en derecho y política, se le podría denominar entonces principio hiperestratégico o metaestratégico, un principio que funciona como un metalenguaje y que, de nuevo, impediría abandonarse al empirismo de la mera fuerza o de la capacidad de violencia de derecho y Estado. La analogía hobbesiana llega a aplicarse al "estado de naturaleza jurídica", "estado de guerra general de todos contra todos", y al "estado de naturaleza ética", "estado de ataques incesantes" entre sus miembros. Así como es un deber en el "estado de naturaleza jurídica pactar en torno a una ley coercitiva" que conserve su unidad, también es un deber, "esforzarse" por salir cuanto antes del "estado de naturaleza ética" para constituir el "estado ético".

Estamos aquí en presencia de un deber de un carácter particular, no de los hombres hacia los hombres, sino del género humano hacia él mismo. [...] la idea de esta totalidad, república universal fundada sobre leyes de la virtud es una idea enteramente diferente de todas las leyes morales, (que conciernen a lo que nosotros sabemos estar en nuestro poder) consistiendo en obrar en vista de un totalidad de la cual no

²⁴ *La religion*, Tercera parte, p. 126. Subraya Kant.

²⁵ *Ibid.*, pp. 126-127.

podemos saber si ella, como tal, se encuentra igualmente en nuestro poder; ese deber, en consecuencia, por su género y su principio, es diferente a todos los otros.²⁶

Interviene, entonces, nuevamente, la tensión de “la necesidad moral”, la “necesidad de la razón”, para postular tanto la “república universal fundada sobre leyes de la virtud”, como el deber de trabajar en torno a ese fin, un deber que “por su género y su principios, es diferente a todos los otros”. “República universal” ética, analógicamente, “pueblo de Dios” que enfrenta la “*banda* del principio maligno, que sería la asociación que está de su parte, para extender el mal”.²⁷ Aunque Kant aclara que ese principio está dentro de nosotros y “sólo figuradamente se representa como potencia exterior”. Así, los hombres son seres morales, capaces del mal y el bien, capaces de un esfuerzo por el bien, capaces de fe, capaces del “paso a un nuevo orden”, una “reforma gradualmente progresiva en tanto que debe ser obra humana”. En cuanto a las revoluciones “que pueden abreviar” ese paso, “nos abandonamos a la Providencia, y no se sabría prepararlas de acuerdo a un plan sin dañar la libertad”.²⁸ “No busco la revolución en las marmitas del porvenir”, escribirá Marx.

Hay por-venir. Se dará la victoria sobre el “Estado infernal”.²⁹ La figura del Anticristo sólo confirma la fe en la posibilidad ética, en la “comunidad ética”. Todo dentro y desde la razón.³⁰ El advenimiento de la República universal como triunfo sobre el “Estado infernal” y el Anticristo es una idea neotestamentaria. Mas el reino de Dios adviene en nosotros, aclara Kant, lo que remite, de nuevo, a la *conversio*. Y esta “conversión” tendría que ser universal, cosmopolita, pues de lo contrario no accedería a su posibilidad. Carl Schmitt señalará esta misma tensión al referirse a un nuevo *Nomos de la Tierra*. Un nuevo “*kat-echon*”, un poder que sea la “barrera contra el anticristo (Kat-echon)”, contra la violencia.³¹ Un “imperio” que, a la manera del imperio cristiano y en una vuelta al pensamiento del “entre-dos” y del “ir y venir”, reconozca que “lo fundamental” “es el hecho de que no sea un imperio eterno, sino que tenga en cuenta su propio fin y el fin del eón presente, y a pesar de ello sea capaz de poseer fuerza histórica. [...] Imperio significa en este contexto la fuerza histórica que es capaz de detener la aparición del anticristo y el fin del eón presente, una fuerza *qui tenet*, según las palabras de San Pablo Apóstol en la Segunda Carta de los Tesalonicenses, capítulo 2”.³²

²⁶ *Ibid.*, II, p. 132.

²⁷ *Ibid.*, III, p. 135. Subraya Kant.

²⁸ *Ibid.*, VII, p. 161.

²⁹ *Ibid.*, p. 178.

³⁰ *Ibid.*, Observación general, p. 180.

³¹ Carl Schmitt, *El nomos de la tierra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pp. 37-42.

³² *Ibid.*, pp. 38-39.

No dejan de llamar la atención, las coincidencias que con los conceptos anteriores de Schmitt presentan algunas de las proposiciones de Derrida en *Fe y saber*, y que se reiteran en *Canallas*. Para comenzar, "la extraña alianza" entre ese "cristianismo pagano" (kantiano) y el teletecnocapitalismo", y que consiste en la "mundialatinización". "Extraña alianza", ciertamente, porque su sede se encuentra en Washington, "extraña alianza" que pasa por Europa, visita Roma y regresa a Washington. Luego, la cuestión de la finitud, es una "alianza", "a la vez hegemónica y finita, es superpoderosa y está en vías de agotamiento".³³ Finalmente, si esa "alianza" puede acceder a la universalidad. Se pregunta Derrida: "¿Tiene este proyecto un sentido o una oportunidad? ¿Una oportunidad o un sentido geopolítico? ¿O bien, la idea misma, sigue siendo, en su origen y en su fin, cristiana?"³⁴ Y en este mismo sentido, Peter Sloterdijk se pregunta, ¿sin Europa? ¿Una universalidad de los valores de vida-libertades-dignidad-justicia sin Europa?³⁵

IV. De vuelta de la cuestión: escenas

Escena 1. "Atravesé la Loading Zone y S&M bar en la esquina de la Calle 40 y la Avenida 8, y había una banda de enchaquetados de cuero, escudados de cuero, riendo, aullando, chacales amontonados en la banqueta rodeando a un joven, vestido exactamente como ellos, que, inconsciente, se extendía sobre la orilla de la calle, con la cabeza inclinada en el borde de la banqueta, y todos sus amigos, colegas, torturadores, cualquier mierda nombre que ustedes tengan el cuidado de darles, estaban orinando sobre él, empapándolo de la cabeza a los pies. Nadie prestaba atención; bueno, *prestaban atención*, pero apenas la suficiente para detenerse un poco, lentamente, y seguir caminando —todos, excepto un grupo de prostitutas indignantes, blancas y negras, y al menos la mitad de ellas travestis, que gritaban a los orinadores "¡Ya párenle! ¡Ey, ya párenle! *Maricas*. Maricas de mierda", y los golpeaban con sus bolsos hasta que los muchachos vestidos de cuero las mearon también a ellas mientras se carcajeaban, y las chicas con sus estrechos pantalones y sus pelucas surrealistas (color zarzamora, fresa, vainilla, afro-oro) corrían atropelladamente gritando con cierto gozo: "¡Putos. Maricones. Putos de mierda!"

Escena 2. "Dudaron al llegar a la esquina en donde se encontraba un predicador, o un orador de ese tipo que, como un exorcista destructor de demonios, atacaba al

³³ "Fe y saber", *El siglo y el perdón*. Fe y saber, Buenos Aires, Ediciones de La Flor, 2003, p. 55.

³⁴ *Ibid.*, p. 57.

³⁵ Peter Sloterdijk, *Si Europa despierta*, Valencia, Pre-textos, 2004, p. 55.

turno de salida de marineros y estafadores, vendedores de droga y pordioseros, y muchachos blancos jornaleros de granja recién llegados a la terminal de autobuses Puerto Autoridad. “¡Sí, sí!”, gritaba el predicador, a quien la luz parpadeante de un negocio de *hots-dogs* iluminaba de verde su joven, tenso, hambriento, histérico rostro. “El diablo se revuelca dentro de ustedes”, gritaba con su acento de Oklahoma, como un alambra de púas. “El diablo engorda ahí, lleno de grasa, alimentado por el pecado de ustedes. Dejen que la luz del Señor le haga pasar hambre. Dejen que la luz del Señor los eleve a ustedes al cielo”.

Esto en el relato *Kate McCloud*, de Truman Capote, en su libro póstumo *Answered Prayers*. Se aclara que las palabras resaltadas, es el mismo Capote quien las subraya.

Escena 3. El malvado de la novela de Charles Dickens *El amigo común*, odiado por todos, cercanos y lejanos, y condenado a muerte en la imaginación de todos ellos para hacerle pagar sus fechorías, parece haberse topado con su destino, y ahí en medio de la nada se encuentra moribundo, en la impotencia y la debilidad, mudo, como si todo su ser y toda su vida se concentraran apenas en una mirada entre suplicante y asombrada. Y los que lo odiaban se acercaron, y en un extraño gesto cuidaron de él, *como si* repentinamente hubieran pasado por una conversión de la enemistad en amistad. Y hablaban de sus ojos dulces y de su rostro de beatitud. Y se alejaban pensativos. Mas en otro recodo del destino y gracias a los cuidados recibidos de aquellos a quienes había hecho mal, el moribundo se recuperó y regresó a él la energía asesina suspendida, y empezó a amenazar de nuevo a los inadvertidos que se le acercaban, y cercanos y lejanos también regresaban al deseo de matarlo y no faltó alguno que dijo: “Lo hubiéramos dejado que muriera, que reventara”.

La anterior, una paráfrasis del caso expuesto por Gilles Deleuze para ilustrar la dulzura y la beatitud de la inmanencia de “una vida”.³⁶

Vuelta al primer problema. Violencia, mal, sus desfiguraciones antiguas y nuevas, hacia el otro, hacia el *ipse*, en cualquier lado, esquina, calle, colonia, ciudad, república, fronteras, imperio. Poderosos del momento que se orinan sobre los sin-poder del momento. Una posibilidad para todos, de un lado y de otro. En una psicosis del duelo, el poderoso del momento se orina y se caga sobre vida-libertades-justicia. Y al hacerlo se caga sobre él mismo, tanto que la mierda resbala hasta sus pies, y le hace tropezar, y le hace caer.

Vuelta al segundo problema. El otro. Inevitable. De la pulsión de poder del “yo” a su despliegue sobre el otro, crueldad, aniquilación, psicosis de dominio y posesión. En

³⁶ Art. cit., p. 349.

efecto, cuestión del “secreto relacional”, según la fábula del puerco espín, cuestión de cómo mantener durante el invierno la distancia adecuada entre ellos para reunir el calor de todos sin espinarse entre ellos, sin ejercicio recíproco de crueldad.

Vuelta al tercer problema. ¿Qué hacer? También, inevitable, porque el llamado “sujeto” y el poder son expansivos; porque el sin-sujeto, el sujeto perdido, el conjunto de los sin-poder resisten: porque la resistencia a la expansión del otro y del otro como poder es primero. No habría pulsión de dominio sin resistencia. La resistencia es el principio de realidad de la pulsión de dominio, de placer, de vida, de muerte.

V. El “como si” de la cuestión

De nuevo, el *aut, aut*, la tensión decisional que se levanta en la existencia como “una vida”, batalla dentro de sí mismo y en el afuera, pasando a la autodestrucción, *ipse* contra *ipse*, y guerra de todos contra todos. Una vida en batalla, vida de batalla. Y una constatación, una experiencia, sin fuerza, el aparato moral-inmoral de derecho y Estado, siguiendo paso a paso las diversas doctrinas de la coerción, se herrumbra y es derrotado por la violencia. A una batalla sin tregua, no dar la tregua de la batalla. No sólo pasar del “estado de naturaleza” al “estado de naturaleza jurídica”, sino del “estado de naturaleza ética” a la “comunidad ética”, al “estado ético”, triunfando sobre el “Estado infernal” que, siempre, será la sombra del primero, la sombra de una amenaza. “Stat nominis umbra. El nombre del Leviatán proyecta una gran sombra”.³⁷ Pero, también los sujetos se enredan en su propia sombra, lo que convierte la política en una escenografía de sombras. Sólo la potencia de la vida es efectividad.

Se trata entonces de diseñar una metaestrategia de defensa de la vida-potencia y el “vivir juntos”. No abandonarse al mal, no ceder ante las nuevas figuras del mal. Ante la pulsión de crueldad y de destrucción liberar la fuerza de una conversión, la fuerza de otra cultura, otro lenguaje, otras palabras. Este es un pensamiento de la posibilidad que puede ser muy frágil, pero que permite pensar mal y bien en su oscilación y su vacilación, pues si el mal es la violencia sólo puede ser combatido ejerciendo otra violencia, quizá, una violencia mayor. Vida-libertades-dignidad-justicia, intensidades existenciales de la posibilidad del singular y los singulares en la comunidad política. ¿Qué derecho? El que garantice libertad y dignidad. ¿Qué Estado? El Estado del derecho que ofrezca esas garantías. Un metalenguaje de la moral como posibilidad y un metalenguaje en torno al Estado ético y la república universal ética. La “fe reflexionante”, entonces, “religión de la razón práctica”, sería el pensamiento

³⁷ Carl Schmitt, *El Leviatán en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes*, México, UAM-A, 1997, p. 36.

del límite, pensamiento de lo imposible. Se está aquí ante la universalización posible y, también, la imposible.³⁸

Una universalidad ética como aporía. Los deberes de la “fe reflexionante” se resumen en dos reglas. Una “regla *general*” absoluta que comprende “en sí la condición moral interior y la condición moral exterior del hombre”: “Cumple tu deber sin invocar otro motivo que su valor inmediato”. El valor inmediato es el valor moral, cumplir el deber por ser deber, “sin invocar otro motivo”. Este es el primer miembro de la ecuación que define el bien moral. “Sin invocar otro motivo”, como los que cuidaron al malvado moribundo del relato de Dickens. Del “cumple tu deber sin invocar otro motivo” al “bien moral”, al deber de cuidar la vida del singular, de los singulares. La “fe reflexionante” llega hasta esta concepción del “cumplir el deber” y vislumbra, como condición de posibilidad del “estar juntos”, hacer lugar a la vida, darle lugar sin asignación, *khora*,³⁹ recibir el dar de la vida.

La segunda regla es “una regla *particular*”, que “se refiere en tanto que deber universal a las relaciones exteriores con otros hombres: “Ama a cada uno como a ti mismo, es decir, haz adelantar su bien con benevolencia que, de manera inmediata, no deriva de motivos egoístas”. La primera regla es absoluta, se decía antes, “cumple tu deber sin invocar otro motivo que su valor inmediato”. Absoluta como la ley, cumplir el deber en tanto que deber, cumplir el deber porque es el deber. El carácter absoluto de la ley se da en el lenguaje mismo, y hay que insistir en este trascendental del lenguaje que establece condiciones de cómo hablar y “cómo no hablar”. En la ley moral, la regla de lenguaje es un performativo incuestionable, “cumple tu deber en tanto que deber”. Un imperativo consigo mismo que cubre y descubre la vida-potencia, la ley moral. Esos dos grandes milagros del universo, decía Kant, la ley moral y el cielo estrellado.

La segunda regla, “particular”, hace descansar el deber, la obligación, el imperativo, en el “como si” de la singularidad de la vida. La fe de la razón, siendo una fe moral, es fe en la vida-potencia. Y si moral y política se distinguen, pues son de naturaleza diferente, sin embargo, van inseparables. La moral se refiere a libertad y dignidad de los hombres mediados entre ellos por el “como si”. La política es cuestión de fuerza, aun si es la del número en la democracia, cuestión de la legalidad y la legitimidad de la coerción para mantener en pie la comunidad política, las instituciones, el Estado. El derecho se refiere “a la condición *formal* de la libertad (constituida por el acuerdo de la libertad con ella misma cuando su máxima es erigida en ley

³⁸ *La religion*, Cuarta parte, Primera sección, I, p. 207.

³⁹ Jacques Derrida, *Khôra*, Córdoba, Argentina, Alción Editora, 1995, p. 25.

universal)”. En cambio, “la ética nos ofrece todavía una *materia* (un objeto del libre arbitrio), un fin de la razón pura”⁴⁰

La política es una cuestión de medios. La moral, se repite, asunto de libertad, de libertades, y de dignidad, es una cuestión de fines inanalizables. Un más allá. Más allá de la libertad de decidir y de todo lo que tenga que ver con ello; más allá de la dignidad y de su criterio siempre movedizo, un más allá de las libertades positivas y de los derechos humanos consagrados. Un más allá de la política y del Estado. El “como si” de la razón práctica, de la necesidad del imperativo, es la estructura poderosa y frágil de la universalidad que trabaja sin descanso en el cumplimiento del deber y el perfeccionamiento del derecho en una situación dada, pero que no agota la universalidad de la exigencia del respeto a la singularidad de cada uno, a su dignidad. Universalidad del respeto a la singularidad inagotable que exige una apertura permanente.

Este más allá, imposible, un trascendental, condición impensable de las condiciones de posibilidad, es lo que, por ejemplo, Carl Schmitt llama lo teológico-político en *Teología política. Cuatro capítulos sobre el concepto de soberanía*. Con esa misma tonalidad usan el mismo concepto Jacques Derrida y J. L. Nancy. Lo teológico-político se refiere a la tensión que han de mantener derecho y Estado en el cumplimiento de la finalidad de tutelar libertad y dignidad de los ciudadanos ante la amenaza del mal, específicamente, de la violencia. Aquí, el “en nombre de” se desfonda, ya que el mal (violencia) y la vida se encuentran en el mismo giro. En el combate contra el mal, los males, combate en nombre de la libertad y de la dignidad, no existe un criterio objetivo respecto hasta dónde habría de llegar ese combate.

Performativo absoluto en la primera regla, performativo seguido de un “como si” en la segunda. Las dos reglas provienen de la “fe reflexionante”, y ambas conducen a una “pura fe de la razón”.⁴¹ Mas el “cumple” y el tratar al otro como un *ipse*, provocan inquietud y desasosiego. Nunca serán alcanzados, sólo se tiene la experiencia del “esfuerzo” por seguir la traza del otro, la traza del singular.⁴² No de cualquier esfuerzo, sino un esfuerzo infinito acorde con el enigma de la libertad y de la dignidad.⁴³ Esfuerzo, valor, ánimo, coraje, en una experiencia, “una *apercepción que es en sí un deber*”.⁴⁴ Eso es la conciencia, de la cual Kant afirma que “ella no tiene necesidad de guía, pues basta tener una”, y ella es la experiencia del deber, de la obligación de

⁴⁰ *Doctrine de la vertu*, París, VRIN, 1968. Introduction, p. 50. Subraya Kant.

⁴¹ *La religión*, II, p. 215. Subraya Kant.

⁴² *Ibid.*, Segunda sección, III, p. 234.

⁴³ *Ibid.*, p. 239.

⁴⁴ *Ibid.*, IV, p. 241. Subraya Kant.

cumplir la ley moral. La conciencia *"es el juicio moral juzgándose él mismo"*.⁴⁵ Un citatorio de la razón para que el hombre declare como *"testigo"* *"contra y a favor de él mismo"*.⁴⁶

Dar testimonio. Sin otra razón que dar testimonio, del existir, del vivir, del querer vivir. Testimonio ante sí mismo y fuera de sí mismo, testimonio ante nadie, sólo testimonio, la vida que testimonia de sí misma y calla. Como las prostitutas que gritaban a los orinadores, *"¡paren maricas de mierda!"*, dar testimonio con el lenguaje más preciso posible, en el silencio. Aquí aparece el dilema de la violencia, enfrentarla con una mayor violencia, en este caso, un vengador anónimo frío y astuto, o llamarles a tener respeto a sí mismos, o imponer respeto derribando de un puñetazo al orinador mayor, como el Billy Budd de Herman Melville. Kant dice que el hombre moral alcanza la santidad, se santifica. ¿Qué hace el hombre moral ante lo que sucede en esa esquina de la Calle 20 y la Avenida 8? A partir de la necesidad moral no puede, no debe permanecer indiferente.

Es difícil seguir los dictados de la razón práctica considerando las exigencias de libertad y dignidad. Primero, porque son infinitas y, además, las máximas que ellas generan sólo se universalizan a través del *"como si"*. Una posibilidad, ficción de la razón, de *"la necesidad de la razón"*. Los portadores de esta fe de la razón no son héroes paranoicos sino usuarios de un cuantificador universal acompañado del *"como si"*. Esa fe sostiene esta breve fórmula ante realidad y efectividad del mal, ante realidad y efectividad de los poderes, por tanto, ante realidad y efectividad de la violencia.

"Como si", fórmula que liga metáforas, analogías, comparaciones y semejanzas, a un condicionante referido al imperativo de la universalidad. *"Como"*, puente hacia otro sentido y rodeo de una pretendida esencia. *"Eres como un sol"*, dependiendo del contexto, evita el *"eres un sol"* y abre paso a la hipérbole del *"como si"*, evitando la tentación del naturalismo sustancialista que encierra el *"es"*. Al igual, el *"como"* advierte sobre la imposibilidad de la esencia, en las fórmulas *"el hombre como tal"* o *"el hombre como hombre"*. Advierte, no sabemos lo que sea el *"hombre como hombre"* o el *"hombre como tal"*. Producir metáforas, ensanchar el lenguaje en su poder de descripción, recrear. Todo es posible, todo es imposible en el *"como si"*.

El *"como si"* eleva las posibilidades del lenguaje, *"como si"* se le hiciera pasar por un multiplicador de intensidades. En política se usa a cada momento, *"dilo como si fuera tu posición"*; metaforiza, *"llovía como si el cielo se fuese a venir encima"*; describe, *"como si algo lo paralizara se detuvo"*; compara, *"como si te dijera que eres un santo"*. Une la descripción, el constataivo, aun si es metafórico, *"tu posición"*, *"el cielo se viene encima"*, *"algo lo paraliza"*, *"eres un santo"*, a un raro condicional, *"si"*, que con-

⁴⁵ *Ibid.*, IV, p. 242. Subraya Kant.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 243. Subraya Kant.

vierte el “como si” en una fórmula que hace girar la proposición. La lleva a la mentira, al engaño, a la simulación, “dilo como si fuera tu posición”; la hiperboliza, “eres como un sol”; permite la hipótesis, “como si algo lo paralizara”; ironiza, “como si dijera que eres un santo”.

Cuando el “como si” enlaza un performativo y un constatativo, llamémosle, inanalizable, entonces ocurre el acontecimiento del imperativo que da su forma a la libertad trascendental, o sea, a la libertad, o sea, a la ley. Así sucede en la “ley fundamental de la razón pura práctica”: “Obra como si la máxima de tu voluntad, pueda al mismo tiempo valer siempre como principio de una legislación universal”.⁴⁷ Así sucede en la *Doctrina de la virtud*: “¿Tu máxima permanecería en acuerdo con ella misma si cada uno en todos los casos la erigiera en ley universal?”⁴⁸ Así sucede también en la “regla del juicio”, ¿si tu acción sucediese “como si” se tratara de una ley de la naturaleza, de la que tú mismo formas parte, la seguirías considerando “como” posible para la voluntad?⁴⁹

“Como si” de la vida, porque no sabemos qué es la vida. Dar un paso atrás, y no olvidar cuál es el problema. Escribe Freud: “Puede muy bien reconocerse la necesidad biológica y psicológica del sufrimiento para la economía de la vida humana”.⁵⁰ Un paso atrás, y levantar la mirada, y oír los rápidos latidos del corazón, y sentir las metáforas más a la mano del exceso de “una vida”. Cuerpo que tiembla, vibra, resueña, se anima y se irrita, llora, cuerpo de animalidad, y de plantas, y de minerales y de piedras. Cuerpo de la cercanía, que se gesta en el resguardo, de la madre, con su sangre, en su seno, tranquilizado e intranquilo por los ruidos, alegre y tranquilo por las voces de la madre y del padre que le llaman hijo, el primogénito, las voces del entorno, pastores, labradores, herreros, las voces de la ciudad, comerciantes, especuladores y rugidos del caos. Venir al mundo en la cercanía. Y cuerpo en la lejanía, en el sin resguardo, se hace otro, se siente otro, siente a otro, su propia sangre, su propio corazón, una información genética replicada y, al mismo tiempo, excedida, inicio de otra aventura de la vida. Venir al mundo en la lejanía, en la otredad, ante el llamado de otra voz. Una voz que dice “ven”, y no entender ese llamado, y temer, y temblar, venir al sin resguardo de lo otro, del otro.

Cuerpo que viene del exceso, en el exceso, desde el exceso —¿cuál? ¿de dónde? ¿hasta dónde?—, del cordaje entre lo viviente y lo simbólico. Pensar el no pensar del cuerpo, cuerpo del pensar su extravío, su no estar en sí, su estar fuera, y el pensar su adentro. Pensar, diferir la nada, en sí mismo, en el cuerpo, este cuerpo

⁴⁷ *Critique de la raison pratique*, Primera parte, I, 1, par. 7, París, VRIN, 1965, p. 44.

⁴⁸ *Doctrine de la vertu. Métaphysique des mores* (Deuxième partie), Préface, París, VRIN, 1968, p. 44.

⁴⁹ *Critique de la raison pratique*, Primera parte, I, 2, p. 82.

⁵⁰ “Consideraciones de actualidad sobre la guerra y la muerte” (1915), *Obras completas II*, p. 1095.

“del hombre moderno”, “laborioso y parlante”, escribe Foucault en *Las palabras y las cosas*.⁵¹ Diferir, movimiento del diferir, viviente en su infinitud, diferir, hablar y callar, pensar y no pensar, diferir y diferir el diferir. Quizás este es el cuerpo de la *diferencia*, separado, dividido, disyunto; cuerpo del atraveso de este alejamiento, de esta dispersión, de este no ir consigo. Cuerpo del pensar el no pensar lo otro, en el choque, el toparse consigo como otro, el encuentro del desencuentro, ver y no ver, contemplar y perderse, sentir como desvío, pensar que gira sobre sí mismo en su precipitación y su paciencia.

Cuerpo-vida amenazado. “Vivir-juntos” amenazándose recíprocamente. De nuevo Freud: “Dicho instinto de agresión es el descendiente y principal representante del instinto de muerte, que hemos hallado junto a Eros y que con él comparte la dominación del mundo”.⁵² Sensibilidad y pensar excedidos, en la naturaleza, en el animal que “piensa” y que dice que “habla”. Pensar, una energía rara que atraviesa la corporalidad haciéndola vibrar, que en varios rizos se vuelve imaginación y memoria. Una pasividad infinita, abierta hasta los límites impensables del sentir, el pensar y el qué hacer, el sueño y la locura, actividad que emerge desde esta pasividad, apertura, nada y plenitud contingentes oscilando sin cesar, haciéndose sonrisa y rictus de seriedad. Animal que se dice “habla”, y se reitera una y otra vez que es el único que habla, pensar vibrante de un cuerpo modulado y desconfigurado, sometido y liberado, nada e infinitud que, en una de sus aperturas, viene a lo simbólico, al lenguaje. Un diseño y un rediseño de pulmones, y boca, y labios, y dientes, para dar salida al aliento, respiración infinita que dice la palabra y, luego, la imagina, la escribe, la inscribe, la copia. Animal que “piensa” y “habla”, se dice, porque muere, también es el único animal que muere. Animal que “piensa” en nada y “dice” la nada, porque este animal simplemente revienta, como cualquier otro animal. Vivir, pensar, hablar, morir, y todo lo demás. Dar un paso atrás, y no olvidar cuál es el problema. En este torbellino se sostiene la diferenciación del “como si”.

Siempre “como si”, existir que, desbordado por la vida llevar a pensar el no pensar infinito, sin clausura, de la aporía, las aporías. No-paso. Un mundo sin crueldad. “Cosa sin duda muy difícil de pensar”, afirma Derrida.⁵³ Las ideas existenciales de libertad y dignidad apenas si funcionan como una regulación impensable, huidiza, espectral, regulación de la amenaza inevitable. Vida-potencia, ¿cómo abrirle paso? Tal es el “como si” de la cuestión. Se pregunta René Major: “¿Hay un amor de la vida que, no debiendo nada a cualquier coartada mito-política-teológica, escapa a toda

⁵¹ México, Siglo XXI Ediciones, 1968, p. 309.

⁵² *El malestar en la cultura. Obras completas III*, VI, p. 46.

⁵³ *Estados de ánimo del psicoanálisis*, p. 76.

economía de la apropiable y lo re-apropiable?"⁵⁴ Amor de la vida, sin *logos*, sin palabra, en el enmudecimiento. Amor de la vida, exceso de las lenguas secretas de Bartleby, Billy Budd y los excéntricos, el hombre del dolor, el extranjero, el hombre de las lágrimas

El *alagon* habita el *logos*. "El *alagon* en tanto tal, como dimensión extrema, excesiva y necesaria del *logos*: nunca se trata seriamente de otra cosa desde que se habla de cosas serias (la muerte, el mundo, el ser-juntos, el ser-sí-mismo, la verdad). Es el *alagon* que la razón introdujo en ella"⁵⁵ Aquí se articula la "fe en la razón" sabiendo que también es "sin razón", que el bien y el mal conviven y se mezclan, y que al "Estado ético" lo combate el "Estado infernal". Vida moral, una lucha permanente. La historia, batalla sin fin. Libertad, dignidad y moralidad desembocan en la aporía. Ahí se está, golpeando la cabeza contra ese muro que se pierde en el cielo, golpeando sin cesar la roca plantada en el desierto, con la esperanza de que cada día brotará de ella el agua de la vida. Cada día en el "como si" y en él "como si" de cada día, El cada día de la palabra y la acción excedido por la vida, excedido por el giro de pulsión de vida, de muerte.

⁵⁴ René Major, *La démocratie en cruauté*, París, Galilée, 2003, p. 13.

⁵⁵ Jean-Luc Nancy, *La declosión* (Deconstrucción del cristianismo, 1), Buenos Aires, Ediciones La Cebra, 2008, p. 18.

Tesis sobre una aproximación multidisciplinar a los Derechos Humanos

Alán Arias Marín*

RESUMEN: La reflexión teórica respecto de los Derechos Humanos y también su respectiva práctica, debieran asumir una postura crítica relativa a la visión dominante regida por el derecho. Ensayar una reflexión epistemológica y social. ¿Cómo se piensan?, ¿cómo se investigan?, ¿qué tensiones le impone el contexto contemporáneo? Una aproximación de esta índole supone la afirmación de un punto de vista *interdisciplinario* respecto de un objeto práctico multidimensional; la pugna teórica y práctica por la instauración de una visión *multidisciplinar* respecto de los Derechos Humanos. El texto plantea líneas de investigación con un orden del discurso libre, que plantea más preguntas que respuestas y que apunta hacia horizontes de indagación sólo insinuados.

ABSTRACT: *Theoretical reflection regarding human rights, as well as about their practice, should take a critical stand before the current law dominated vision. This essay constitutes an epistemological and social reflection. How are they conceived? How are they researched? What pressures come to bear upon them in the contemporary world? An approximation of this nature supposes the affirmation of an interdisciplinary point of view as needed for a multidimensional object; a theoretical and practical struggle for the instauration of a multidisciplinary perspective of human rights. The text freely proposes a series of research paths that state more questions than answers and points towards horizons of investigation that are barely insinuated.*

SUMARIO: I. Tesis preliminar. II. Tesis uno. III. Tesis dos interdisciplina. IV. Tesis tres. V. Tesis cuatro multidisciplina. VI. Tesis cinco. VII. Tesis seis Conclusiones provisionales. VIII. Bibliografía.

I. Tesis preliminar

La reflexión teórica respecto de los Derechos Humanos y también su respectiva práctica, tanto la producida por las instituciones públicas así como la emanada de las organizaciones de la sociedad civil, particularmente en México, debiera despertar de su sueño dogmático. Asumir una postura crítica relativa a la visión unilateral y dominante regida por el derecho. Ensayar una reflexión crítica

* Investigador Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

—epistemológica y, también social— sobre los Derechos Humanos: ¿cómo se piensan?, ¿cómo se investigan?, ¿cómo se conciben a sí mismos?, ¿qué tensiones los atraviesan?, ¿cómo los condiciona el contexto contemporáneo?

Ensayar una aproximación de esta índole a los Derechos Humanos supone varios momentos argumentales: (1) la afirmación de un punto de vista *interdisciplinario* respecto de un objeto práctico multidimensional; (2) la pugna teórica, práctica e institucional por el establecimiento de una visión *multidisciplinar* respecto de los Derechos Humanos; lo que conlleva (3) a la obligada revisión crítica de la perspectiva de *pretensión “soberana” del derecho*, dominante en los ámbitos institucionales vinculados a los Derechos Humanos.

Estas tesis, provisionarias y experimentales, pretenden ser —solamente— una aproximación inicial a la compleja temática señalada. Buscan establecer un andamiaje preliminar para un abordaje más sistemático. Se trataría, tan sólo, de un esbozo de elementos que hagan plausible tal pretensión crítica. Se trata de un ensayo conformado principalmente por líneas de investigación más que una exposición acabada, para referirme a la proverbial distinción entre modo de investigación y modo de exposición; se asiste, en consecuencia, a un orden del discurso más libre,¹ que plantea más preguntas que intentos de respuesta, que apunta hacia horizontes de indagación sólo insinuados, que toma a vuelo pluma ideas y/o sugerencias teóricas y refiere velozmente a cuestiones, temas o autores como presupuestos indicativos de la reflexión.

II. Tesis uno

A tal propósito revisionista se le denomina como un ensayo de aproximación *multidisciplinaria* a los Derechos Humanos. El empeño puede aparecer una desmesura. Se trata, en efecto, de un texto que buscaría insinuar una suerte de migración cultural, un desplazamiento teórico a contracorriente de lo establecido —el “así es” hegeliano— y que, en consecuencia, tiene que ver con la destrucción de lo que resulta impensable por el discurso dominante. Verdades nómadas, búsqueda de nuevos espacios de libertad, pensamiento en curso, de ideas a velocidades revolucionadas en competencia con la velocidad de una época de súbitas transformaciones de la realidad que superan con creces los ritmos del pensar. Intentos de reflexión propios de

¹ Michel Foucault, *El orden del discurso* (Lección inaugural en el Collège de France. Diciembre 2, 1970), Madrid, Tusquets, 1973.

una Modernidad alterada, líquida, cuyos procesos carecen de tiempo de vida suficiente para asentarse y solidificarse.²

Para ensayar un juego así, se requiere de un momento preliminar que se empeñe en delimitar el pensar cómo es que se piensan los Derechos Humanos. El esbozo de la construcción de las premisas de una reflexión de múltiples asedios a los Derechos Humanos. Desmontar la preeminencia de una visión unilateral —por ende abstracta— respecto de nuestro objeto de indagación; someter a sus límites debidos la perspectiva dominante del derecho. La práctica y el discurso que le es inherente, en el ámbito de las instituciones y organizaciones articuladas en torno a la defensa y promoción de los Derechos Humanos.

Pensar lo que se piensa, pues. Discurso reflexivo, propiamente filosófico, de segundo grado, el discurso sobre el discurso. La filosofía como el discurso idóneo para tales menesteres; el más apto —en virtud de su propia trayectoria histórica y su funcionalidad— para situar y resituar los objetos de reflexión, y, también, para situarse en perspectiva de cambio, de migraciones intelectuales y culturales.

Discurso intransigente, en el sentido de estatuirse como finalidad de sí mismo, sin otro interés que pensar, criticar y reflexionar. El recurso del método necesario en su significado radical. Su desempeño —*performance*— como su propio y supremo interés,³ el de su propia performatividad; conocer por conocer, condición indispensable para el distanciamiento requerido por la crítica y para indagar el involucramiento del sujeto que conoce como momento constitutivo del objeto mismo del conocimiento. Obligada referencia para un propósito, como el aquí enunciado, de convocar a diversas disciplinas de las ciencias sociales y las técnicas de la información para el asedio de los Derechos Humanos; vértice óptico adecuado para la instauración de conocimiento inter y multidisciplinario respecto de la teoría y la práctica de las instituciones y organizaciones de defensa y promoción de los Derechos Humanos.

Estamos situados en el momento de inicio de una intervención de intencionalidad crítica, de corte epistemológico. Si se va a ensayar un acercamiento *interdisciplinar* y *multidisciplinar* a los Derechos Humanos, entonces, resulta indispensable en el argumento efectuar un rodeo para esclarecer, bien sea a grandes trazos, las nociones de *multidisciplina* y su antecedente inmediato la *interdisciplina*.

² Zygmunt Bauman, *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, México, Tusquets Editores, 2008.

³ Jürgen Habermas, *Conocimiento e interés*, Madrid, Taurus, 1982, pp. 324 y 325.

III. Tesis dos *interdisciplina*

El planteamiento de la interdisciplinariedad se ha ido configurando a partir de la necesidad perentoria de una respuesta oficial universitaria al movimiento estudiantil del 68 en Francia, Alemania y los Estados Unidos⁴. Asimismo, y de modo creciente, ante las urgencias que la complejización de las sociedades capitalistas reclaman de la ciencia y la técnica. Respecto a la primera cuestión, las repercusiones políticas y educativas de mayor calado fueron en Francia. La institución universitaria reaccionó con múltiples iniciativas, entre las más significativas fue el ya legendario Congreso de Niza, el desarrollo experimental de la Universidad de Vincennes, la departamentalización de las tradicionales facultades y, en el plano teórico, quizás uno de los aspectos más relevantes fue el desarrollo y la instrumentación de la noción de *interdisciplina*. Esta noción resultó ser la clave para la segunda demanda, la de intervenciones especializadas ante los problemas críticos y multiplicados riesgos propios de la sociedad mundial en la fase de globalización; su consecuente transformación de Modernidad capitalista tradicional —o primera— en una sociedad de riesgo global o Modernidad reflexiva —o segunda Modernidad—, con necesidades de autoreflexión crítica (interdisciplinares o multidisciplinares) crecientes.⁵

Jean Piaget se convirtió en la figura central de este esfuerzo de fundamentación teórica. Desde el reconocimiento y autoridad logrados por sus contribuciones a la biología y la psicología y, sobre todo, a las relaciones del desarrollo biológico con las capacidades evolutivas de aprendizaje y conocimiento, Piaget⁶ emplazó la cuestión en términos epistemológicos y de teorías de la ciencia, reivindicando la especificidad teórica y metodológica de las diferentes disciplinas. No obstante, por un lado, la matriz del modelo biologista resulta dominante en su planteamiento y, por otro lado, como consecuencia, se infiere una reducción de la especificidad de las ciencias sociales a los métodos de explicación de las ciencias naturales.

El “círculo de las ciencias” piagetiano que toma lo propio de cada disciplina para articularlo en una lógica de explicación común-general con las demás disciplinas,

⁴ El caso del movimiento estudiantil en México tuvo una deriva mucho más política y cultural que secuelas efectivas en el ámbito de las instituciones de educación superior y, mucho menos, incidió en el plano de una reconsideración teórica. Salvo la interesante excepción de los trabajos sobre la autogestión académica —que merecen la pena releerse— de José Revueltas, *México 68: juventud y revolución*, México, ERA, 1984, pp. 94 y sigs., también pp. 107-109; 110-125; 149-154; 165-178.

⁵ Para un análisis de este contexto de complejidad ver: Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI, 2006; ver también del mismo autor, *¿Qué es la globalización?*, Buenos Aires, Paidós, 2001. También Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida*, México, FCE, 2000.

⁶ Ver Jean Piaget, “La epistemología de las relaciones interdisciplinarias”, en Leo Apóstel, *et al.*, *Interdisciplinariedad*, México, ANUIES, 1975, pp. 153-180.

ofreció un punto de partida⁷ sumamente atractivo respecto de la desilusión debida a la rutinización de las especializaciones, sin perspectiva general y de alta dificultad para su aterrizaje en el plano social, tal y como había dejado traslucir el descontento de los estudiantes y los profesores universitarios franceses.

El debate estaba abierto y las objeciones de la tendencia partidaria de la discontinuidad epistemológica resultaron las más polémicas. Se afirmaba, ante el ensayo de generalización y continuidad propuesta por la *interdisciplina*, la especificidad del método en el seno de cada ciencia y, con especial énfasis, la suerte de estatuto propio de las ciencias sociales. La *interdisciplina*, en el nivel de explicación ofrecido por Piaget, se encontraría imposibilitado de ir más allá del paradigma de las ciencias naturales; o bien se vería obligado a forzar el juego de relativismo paradigmático de las ciencias sociales. Tal sería el caso, como indica Boaventura de Sousa Santos,⁸ de la propia disciplina de Piaget, la psicología, la que, sin el aparato psíquico psicoanalítico de raigambre freudiana y de la sociología en su entendimiento como disciplina orientada al estudio de las tendencias a modos de equilibrio social en función de la autorregulación, queda como un discurso aislado, huérfano, cargado de vacíos y ausencias temáticas y descriptivas y, por lo demás, impertinente para atender objetos y problemas de carácter emergente.⁹

La *interdisciplina* fundamentada epistemológicamente (Piaget), se construye a partir del abordaje común de un objeto concreto (empírico), y no como —solamente— una mezcla discursiva de los enfoques teóricos de las disciplinas que lo buscan comprender.¹⁰ Además de que no puede soslayarse una complejidad disruptiva mayor, que incrementa su heterogeneidad, por la injerencia de lo político ideológico como constitutivo del conjunto de la investigación, sobre todo en las ciencias sociales, ya que opera como una exigencia extrínseca del objeto de investigación o análisis, pero intrínseca al sujeto que investiga y que es componente inherente de la realidad estudiada.¹¹

⁷ Jean Piaget, *op. cit.*, pp. 163 y sigs.

⁸ Boaventura de Sousa Santos, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Bogotá, Trotta, 2005, pp. 151-168 y 171 y sigs.

⁹ En las ciencias sociales son inevitables (e inherentes a su objeto) “grados residuales abiertos de libertad subjetiva, propios de los sistemas mentales humanos, culturales, sociales y sociotécnicos. Esto hace a las ciencias humanas significativamente diferentes de las ciencias físicas; como consecuencia, las opciones normativas no pueden ser evitadas en los comportamientos humanos individuales, en los sistemas sociales y sociotécnicos, y en la evolución cultural. Esto implica también diferencias importantes entre las ciencias humanas, por un lado, y las ciencias físicas por el otro”. Stephen Jay Kline, *Conceptual Foundations of Multidisciplinary Thinking*, Stanford, California, Stanford University Press, 1995, p. 269.

¹⁰ Jean Piaget, *Clasificación de las ciencias y principales corrientes de la epistemología contemporánea*, Buenos Aires, Paidós, 1979.

¹¹ Immanuel Wallerstein, *Impensar las ciencias sociales. Límites de los paradigmas decimonónicos*, México, Siglo XXI / Centro de Investigaciones Interdisciplinarias de las Ciencias y Humanidades, 1998.

La *interdisciplina* es consciente, desde sus inicios, de estar históricamente ligada a determinadas situaciones sociales y políticas; por eso resiste adelantadamente a la objeción empirista que sugiere que para mantener la objetividad del análisis es necesario sustraerse de las determinaciones políticas del objeto y del sujeto que investiga. La afirmación anti-empirista de la interdisciplina se deriva de la determinación socio-histórica estructural de cualquier fenómeno humano, como sería el caso por demás sintomático de los propios Derechos Humanos y su teorización.

No obstante, la presencia de la ideología en esta aproximación a la *interdisciplina* no va en contra de sus pretensiones científicas, sino que, al contrario, sirve para manifestar los supuestos implícitos de toda producción científica, siempre históricamente situada y determinada, como lo es toda producción simbólica o comunicativa. “Vale la pena recordar las tres instancias o, mejor, los tres registros en que se da la experiencia humana como consecuencia de ser todos criaturas del lenguaje: el de lo real, el de lo imaginario y el de lo simbólico. [...] El proyecto de las ciencias (así, en minúscula y en plural) es el de apropiarse de lo real por medio de lo simbólico. Inventar notaciones, letras, número y fórmulas para operar sobre el mundo transformándolo”.¹² De modo que la *interdisciplina* no escapa, ni —en rigor— podría pretender sustraerse a la determinación ideológica.

Después de este primer acercamiento a la idea de la *interdisciplina*, es conveniente preguntarnos ¿cuándo es que puede haber interdisciplinariedad?, ¿cuándo se cumplirían las condiciones necesarias, materiales y formales requeridas para su aplicación con razonables expectativas de éxito? Por principio, vale decir que sólo cuando hay algo determinado sobre lo cual *inter-disciplinar*, algo que *combinar entre disciplinas*; es decir, un objeto susceptible de hacer convergir dos o más disciplinas, es que hay *interdisciplina*. Asimismo, sólo se puede realizar una investigación interdisciplinaria en una situación *a posteriori*, esto es, a partir de las ciencias particulares ya confirmadas o establecidas como tales.

Existirían, entonces, dos modalidades básicas de *interdisciplina*.¹³ La primera refiere a la conformación de un nuevo objeto teórico interpelado “entre” dos ciencias previamente establecidas, como pueden ser la biofísica y la bioquímica, lo que podría conducir a una nueva disciplina particular. La segunda modalidad trata sobre la aplicación de elementos teóricos de diferentes disciplinas a un mismo objeto práctico, la cual se constituye como la forma pragmática de la interdisciplinariedad, es decir, como el surgimiento de objetos requeridos de estudio o reflexión interdisci-

¹² Miguel A. Zarco Neri, “El psicoanálisis como interdisciplinariedad”, en Julio Muñoz Rubio, coord., *La interdisciplina y las grandes teorías del mundo moderno*, México, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Coordinación de Humanidades, 2007, p. 392.

¹³ Roberto Follari, “La interdisciplina revisitada”, en *Andamios. Revista de Investigación Social*, año/volumen 1, núm. 02, México, UACM, junio, 2005, pp. 7-17.

plinar. Por cierto que se trata de situaciones y problemáticas objetivas inmanentes a la condición propia del capitalismo avanzado, planificado por empresas multinacionales y globalizado y ya no sólo problemas relativos al capitalismo de libre empresa y a las leyes tradicionales (simples) del mercado.

De esta manera, la solución a problemas o el enfrentamiento de los riesgos generados por las propias sociedades desarrolladas, como la contaminación ambiental, el cambio climático, las mega-ciudades y la liquidación de materias primarias, entre otros, requieren de una interdisciplinareidad que ahora incorpora necesariamente el tema de la tecnología de avanzada.

Por estas vías, la respuesta a las nuevas problemáticas busca una justificación epistemológica no como una invocación a la totalidad teórica de la ciencia considerada como un continuo homogéneo, imposible en virtud de las asimetrías cualitativas de los objetos particulares, sino como la aplicación a un mismo objeto de elementos de disciplinas diversas. Por ejemplo, problemas complejos como la planeación urbana eficaz, requieren —en consecuencia— un equipo interdisciplinario integrado por individuos con distintas formaciones disciplinarias. De aquí se desprende que la eficacia interdisciplinaria y la incorporación tecnológica aparece dominada en sentido pragmático, está al servicio de la solución de problemas más concretos.

IV. Tesis tres

¿Es plausible predicar, a partir de lo sugerido más arriba, que la *interdisciplina* es ideológica o, más bien, que queda fuera del ámbito ideológico? Analizaremos la noción de ideología desde dos modalidades: la sociológica y la epistemológica.¹⁴ Desde la modalidad epistemológica, la ideología responde a un modo de ocultamiento, a un desconocimiento, a una conciencia falsa, a un conocimiento pre-científico, equívoco y falsamente concreto. Por su parte, la ideología tratada desde una modalidad sociológica es una forma de interpretación pre-temática o temática de la realidad, a partir de un determinado lugar en la extracción u origen de clase y/o en la posición ocupada en la lucha entre ellas.

Bajo el modo epistemológico, la fundamentación de la *interdisciplina* es ideológica, ya que carece de base científica y se apoya en pre-nociones de sentido común,

¹⁴ Desde Karl Mannheim éstas han sido las modalidades tradicionales de estudio de la noción de ideología. La primera derivada de la matriz teórica marxiana y la segunda heredera de la dialéctica hegeliana. Ver Luis Villoro, *Creer, saber y conocer*, México, Siglo XXI, 1996. Revisar, asimismo, la excelente antología de Carlos Villagrán y Armando Cassigoli, *La ideología en sus textos*, México, Marcha Editores, 1982, 3 vols.

en imágenes primarias como la unidad del objeto empírico de conocimiento o en la supuesta continuidad entre las distintas ciencias. En el modo sociológico, los errores surgen al interior de posturas determinadas en la sociedad que condicionan modos de conocer y desconocer, ligados a lugares en la lucha de clases, en los que la ciencia no escapa a esos modos de producción social ideologizados.¹⁵

Se trata, entonces, de la *interdisciplina* como propagandista de la eficiencia, eslogan que se difunde con independencia de que sea efectivamente eficaz o no lo sea. En el caso del problema ambiental, por ejemplo, es mejor contar con una aproximación interdisciplinaria a la cuestión que otra meramente mono-disciplinaria; sin embargo, en última instancia, será un problema de organización social y política, cuya resolución técnica se da dentro del marco de una decisión política estructural que la trasciende y la subordina.

Así como nos hemos referido, aún si a grandes rasgos, a la noción de *interdisciplina*, tendremos que hacer ahora referencia al concepto de *multidisciplinariedad*, para así estar en condiciones de diferenciarlas adecuadamente.

V. Tesis cuatro *Multidisciplina*

El discurso multidisciplinario denota el estudio de dos temas: el primero trata sobre las relaciones de las disciplinas del conocimiento entre sí; y, el segundo, se refiere a las relaciones de una disciplina para el conocimiento humano sobre el mundo y de nosotros mismos como un todo. De esta manera, el discurso multidisciplinario no es el mismo que el del estudio interdisciplinario, ya que éste último designa, en general, la combinación de los conocimientos de dos —o a veces más— disciplinas para crear nuevas disciplinas de síntesis, más apropiadas para determinados ámbitos problemáticos, mientras que el estudio multidisciplinario examina las adecuadas relaciones de las disciplinas entre sí y con el campo intelectual entendido en toda su extensión.¹⁶

Si bien existe cierta coincidencia entre los estudios interdisciplinarios y multidisciplinarios, la mayor parte de ellos consisten en áreas diferentes. No serían estudios de la misma índole una aproximación interdisciplinaria a un tema vinculado a los Derechos Humanos, verbi-gracia, la cuestión del aborto, que una aproximación multidisciplinar relativa a los Derechos Humanos como objeto genérico (no sólo coincidente) de investigación de las ciencias sociales. Para distinguirlas con más precisión, Stephen Jay Kline —uno de los teóricos cruciales y referenciales para el

¹⁵ Jürgen Habermas, *Ciencia y técnica como ideología*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 59-66.

¹⁶ Stephen Jay Kline, *op. cit.*, pp. 1-2. Las traducciones al español son de AAM.

desarrollo de la óptica teórica de la multidisciplinariedad, en la tradición anglo-sajona—¹⁷ el discurso multidisciplinario debe cubrir como procedimiento metodológico rutinario y como instrumental de control de conocimiento (incluso, como criterios para un código ético del sentido procedimental de las investigaciones), al menos los siguientes temas:

- Las descripciones de varios marcos generales que exhiban el lugar de las disciplinas del conocimiento respecto a las demás.
- La delimitación de lo que una disciplina puede (y no puede) representar en el mundo. La palabra “representar” incluye cosas tales como descripciones, taxonomías, comprensión y predicciones posibles.
- El desarrollo de la comprensión de las similitudes y diferencias de las disciplinas en asuntos tales como: complejidad de los sistemas paradigmáticos, la variación (o no variación) en las conductas y principios del tiempo y las variables típicas utilizadas en los análisis.¹⁸

Dentro de la perspectiva multidisciplinar no hay un solo enfoque, un solo método, un solo punto de vista para entender y hacer frente a los sistemas complejos que juegan un papel importante en nuestras vidas,¹⁹ como podría ser el caso de los Derechos Humanos y de otros discursos y conocimientos ligados a la acción. Es necesario que se fragmenten y estudien las piezas de los sistemas complejos con el fin de entender el sistema en su conjunto, ya que, de forma contraria, sólo entenderemos las piezas por separado y no su estructura y totalidad.

Por lo tanto, la posibilidad del discurso multidisciplinario se construye en ausencia de enfoques universales, mediante la búsqueda de sistemas de definición y por la necesidad de incorporar —como método de control— al menos tres puntos de vista o dictámenes referenciales. Sin embargo esta búsqueda de definiciones o de crear leyes de hierro como paradigmas rígidos dentro de las ciencias humanas,

¹⁷ Otra variante multidisciplinar de gran alcance es el profuso desarrollo del “pensamiento complejo” desarrollado por Edgar Morin: *El método*, Madrid, Cátedra, 2006, 5 vols. Asimismo, resultan de referencia obligada los trabajos de “la teoría crítica”; en particular, la polémica sobre el positivismo de T. W. Adorno con Karl Popper, Theodor W. Adorno et al., *The Positivist Dispute in German Sociology*, Nueva York, Harper Torchbooks, 1976; así como también el trabajo de Jürgen Habermas y sus discusiones con Appel y Pierce: *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1987, 2 vols., así como los ya citados y *Conocimiento e interés* y *Ciencia y técnica como ‘ideología’*. Un desarrollo de estas versiones sobre multidisciplinariedad e interdisciplina resultan fuera de los objetivos del presente texto pues se trata de una primera aproximación; no obstante, constituyen momentos imprescindibles para un estudio sistemático (en curso).

¹⁸ Stephen Jay Kline, *op. cit.*, pp. 2-3.

¹⁹ *Ibid.*, p. 10.

utilizando principios sencillos en pocas variables (como en las ciencias “duras”), parece haber sido una expectativa equivocada desde el principio, ya que se podría muy probablemente reducir la complejidad y sus implicaciones, lo que resulta decisivo para conocimientos fundados en explicaciones narrativas (fundadas en un saber interpretativo), como las ciencias sociales, el derecho -incluido- y la teoría y/o doctrina de los Derechos Humanos, a diferencia de las explicaciones causales (basadas en un saber empírico-deductivo), como es el caso de las ciencias físico-matemáticas.²⁰

Algunas herramientas conceptuales de especial importancia para el estudio de multidisciplinario parecen ser:

- La distinción entre restricción y determinación.
- El concepto de apertura gradual residual de libertad, en contraste con el número total de tipos de variaciones posibles de un sistema dado. (‘lo que resta’ en el pensamiento de Derrida).
- La distinción entre las condiciones necesarias y suficientes.
- La distinción entre el equilibrio y la estabilidad.
- El uso de una forma ampliada de la teoría de las dimensiones como una ayuda para clarificar los ámbitos.
- El uso del concepto de un hiperespacio de todas las posibles relaciones funcionales entre las entradas (*in-put*) y salidas (*out-put*).
- El concepto e importancia de la retroalimentación, la existencia de varios niveles de complejidad de la retroalimentación y la presencia varios tipos diferentes pero controlables y equiparables de información.
- El reconocimiento de que una lista incompleta de las variables no pueden dar una imagen completa de un sistema complejo, no importa cuán sofisticadas puedan ser las manipulaciones matemáticas.²¹

Una visión general del campo intelectual de la multidisciplinareidad es posible, y si bien exige la supresión del detalle excesivo, no deja de ser importante para la comprensión de nosotros mismos y el mundo.²² Particularmente relevante pueden resultar esta lista de instrumental conceptual tanto para la consideración crítica, no unilateral ni solamente interdisciplinar de los Derechos Humanos, así como para investigaciones aplicadas al ámbito de su problemática. Es a partir de los estudios multidisciplinarios es que se podrá observar el campo intelectual en su conjunto,

²⁰ Jürgen Habermas, *Conocimiento e interés*, Madrid, 1982, pp. 323-324.

²¹ Stephen Jay Kline, *op. cit.*, p. 274

²² Edgar Morin, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 2007, pp. 27-29.

con jerarquías y criterios de prioridad, lo que, a su vez, nos permitirá incluir en la visión lo heterogéneo del terreno, los conflictos y las fases de interacción mutua entre las diversas disciplinas.

Para entender el campo total no se cuenta con puntos de vista integrales, sólo con partes, pero se abren también las posibilidades de síntesis y puntos de vista estructurales. El terreno intelectual total —el conjunto de disciplinas y subdisciplinas orientadas a un mismo objeto o articuladas en función multidisciplinar— es un campo jerarquizado, con la agregación heterogénea y las interfaces de restricción mutua correspondientes. No basta, entonces, con una visión sinóptica, se requieren, por lo menos, de varias de ellas, ya que no hay una opinión que en solitario sea capaz de describir la complejidad de los problemas de interés humano de manera que puedan ser comprensibles para la mente. Se cuenta con retazos de visión de muchos tipos y se tiene que entender cómo las opiniones parciales se articulan y unen para crear el conjunto. Estos puntos de vista estructurales rara vez se pueden derivar de la teoría, y, por lo tanto, necesitan de un conjunto suficiente de experiencias verificadas y/o de aplicaciones eficaces en la acción, así como del estudio diacrónico del proceso o el tema en curso. Por último, habría que prestar más atención a las diferencias, en comparación con las similitudes, entre las disciplinas. Esto también generará parcialidades de conocimiento, incorporará trozos y puntos de vista estructurales diferentes.²³

El examen del origen de estas dificultades y limitaciones del conocimiento multidisciplinar sugiere, opina Jay Kline, la presencia de factores que tienen que ser atendidos, conocidos, precisamente con las herramientas derivadas de las experiencias cognoscitivas acumuladas en modo multidisciplinar y que se encuentran lejos de haber sido dilucidados, entre los más significativos destacan: la naturaleza de la mente humana, los mecanismos de aculturación respecto de otros campos de conocimiento presentes en los expertos de distintas disciplinas, la excesiva autonomía de las disciplinas (que actúan como si la retroalimentación fuera menos importante de lo que es), la falta de puntos de vista sinópticos del sistema intelectual, la gran complejidad de muchos sistemas comunes e importantes, y el muy limitado seguimiento dado al discurso multidisciplinar.

Ninguna afirmación de la verdad sobre la naturaleza física, biológica o social es completa hasta que el dominio que se utiliza haya sido adecuadamente definido.²⁴ Incluso, dentro del ámbito de los sistemas inertes, incluidos los diseñados por los seres humanos, necesitamos al menos tres tipos de métodos para el análisis y la comprensión adecuados, a saber, determinista, probabilístico y la teoría del caos.

²³ Cf. Stephen Jay Kline, *op. cit.*, p. 265.

²⁴ Cf. Edgar Morin, *Ciencia sin consciencia*, Barcelona, Anthropos, 1984, pp. 232 y ss.

Hay muchos sistemas complejos, es por ello que una completa comprensión requiere, por lo menos, de tres momentos metodológicos instrumentales: (1) un cuadro sinóptico, incluidos los objetivos y las conexiones para el medio ambiente; (2) una visión por partes de los componentes más pequeños y pertinentes, y (3) una visión estructural de cómo los componentes se agregan para formar el conjunto y permitir su funcionamiento. [...] El programa reduccionista es imposible, incluso en principio, ya que ninguna visión sinóptica, por sí misma, puede proporcionar los medios para la comprensión de cualquiera de las piezas o, no se diga, la estructura de los sistemas complejos.²⁵

El hecho de que la genética, la cultura y la física se hallan sugerido como el factor determinante que rige la vida humana, de acuerdo con la visión de Morin en el *Método*²⁶ —en distintos grados, por varios individuos—, ilustra varios puntos que surgen como resultado de nuestra discusión multidisciplinar: las opiniones derivadas de una disciplina a menudo son demasiado estrechas para muchas otras disciplinas; no se ha tenido ningún foro, ni los métodos para resolver los puntos de vista contradictorios sobre el mismo problema que surgen de las diferentes disciplinas; han faltado visiones sinópticas que contrarresten y desalienten las excesivas visiones intelectuales de carácter sistémico. Lo aquí señalado remite a un problema de fragilidad en el proceso de implantación institucional del pensamiento multidisciplinar.

¿Qué tan importante es el discurso multidisciplinario para el pensamiento complejo? Responde Morin, cargando de significado valorativo el sentido de la multidiscipliplina: “Otro nombre para una visión ética del dominio de las afirmaciones de la verdad, es lo que hemos estado llamando “discurso multidisciplinar o mejor transdisciplinar”.²⁷

El estudio de los siguientes puntos puede detonar las posibilidades de ciertos procedimientos multidisciplinarios respecto de la cautela metodológica respecto de la teoría y las investigaciones institucionales: “(a) cómo deberían limitarse mutuamente las disciplinas cuando se aplican a problemas que requieren conocimientos de muchas disciplinas; (b) algunas formas en que los académicos pueden juzgar cuando sub-campos o programas de investigación se han desplazado en el error, la trivialidad no productiva o enfoques que no pueden producir los resultados deseados; (c) las solicitudes (a) y (b) deben incluir al menos algún ejemplo histórico importante y de actualidad; y (d) las consecuencias de (a) y (b) para la metodología en las

²⁵ Para un análisis de los riesgos del reduccionismo y la abstracción, ver: Edgar Morin, *Introducción al pensamiento complejo*, pp. 29 y sigs.

²⁶ Edgar Morin, *El método*, Madrid, Cátedra, 2006, 5 vols.

²⁷ Edgar Morin, *Ciencia con consciencia*, pp. 311 y sigs.

diferentes disciplinas y en nuestro sistema intelectual total”²⁸ Estas afirmaciones remiten a las potencialidades de la multidisciplina en las tareas de control del conocimiento, potencialidades implícitas en condiciones de actualización en la medida en que su incidencia en la institución académica en general y en los centros de investigación aumente y se consolide.

VI. Tesis cinco

El caso del estudio crítico —de intención inter y multidisciplinaria— de los Derechos Humanos, como conocimiento de la conexión del saber teórico con una práctica vivida, esto es, con un objeto práctico y un “dominio objetual”,²⁹ que no aparecen sino bajo las condiciones de una comunicación hegemonizada por el discurso jurídico y, por tanto, con una legitimidad limitada a lo legal,³⁰ es decir, una legitimidad incompleta y, por ende, sólo en y de apariencia, lleva a una consideración derivada acerca del tipo de experiencia y de acción determinados con criterios unilateralmente jurídicos (positividad, legalidad y formalismo). Por tanto, un discurso y una práctica que se satisface primordialmente mediante resoluciones conceptuales propias de un conocimiento determinado por un interés cognoscitivo práctico y técnico, subordinando y —en algunos casos— reprimiendo el interés emancipatorio en aras de un afán regulatorio.

Es sintomática la proverbial referencia de cómo en el derecho, muy frecuentemente, se deslizan los problemas teóricos de la definición de un hecho o una acción al territorio de las determinaciones características de un delito y su sanción, dando preeminencia al interés técnico-formal (y hasta administrativo), abandonando la cuestión del estatuto específico propio de un conocimiento como el de los Derechos Humanos, derivado del interés emancipatorio³¹ o propiamente crítico. Ese conocimiento crítico, orientado al conocimiento por sí mismo, dotado de una finalidad performativa y, por tanto, ‘emancipado’, es decir, libre de determinaciones pragmáticas o utilitarias, es el que corresponde a la naturaleza práctica teórica del objeto Derechos Humanos. Esto así, pues los conocimientos definidos por su interés

²⁸ Stephen Jay Kline, *op. cit.*, p. 3.

²⁹ Para la noción de ‘dominio objetual’ ver Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, vol. 1, pp. 76 y ss.

³⁰ Aquí se asume la lectura de que la noción —weberiana— de la legitimidad reducida a la legalidad es insuficiente y requiere de complementación; legitimaciones referidas a la eficacia de las acciones y a temáticas de legitimidad sustancial como los conceptos de justicia, bien común, desarrollo humano, etcétera.

³¹ Ver Jürgen Habermas, *Conocimiento e interés*, pp. 321-325.

emancipatorio, tienden a mantener una referencia latente o potencial como saber teórico de la acción, más allá del proceso cognoscitivo en cuanto tal respecto de sus momentos de conformación: la transformación de opiniones en proposiciones teóricas y, luego, más allá de la re-transformación de esas opiniones en saber orientador de la acción. Se trata de conocimiento de articulación del saber de la teoría con las experiencias de la acción.

En el discurso dominante de los Derechos Humanos, bajo hegemonía jurídica, esta tendencia a la tecnificación administrativista —por ejemplo, manejo cuantitativo-estadístico de las quejas y las recomendaciones—, pero aún más radicalmente, la misma reflexión teórica, transita por la vía de una visión unilateral, de pretensión “soberana”³² tal y como ha sido la perspectiva jurídica respecto de los Derechos Humanos. Objeto y territorio que considera propio —y prácticamente exclusivo del discurso del derecho (cuando mucho, en ocasiones, remite como complemento a las que denomina sus ciencias auxiliares, por ejemplo, la sociología del derecho).

Esta aproximación juricista amerita una reconsideración crítica. Una revisión de las fortalezas y debilidades de tal perspectiva; sus limitaciones teóricas y las consecuencias prácticas más ostensibles como el formalismo, el burocratismo y la debilidad del modo proactivo para la defensa y promoción de los Derechos Humanos.

En la consistencia del objeto de conocimiento Derechos Humanos, que efectivamente son derechos, andamiaje jurídico; pero son más humanos en sus acciones y contenidos prácticos y teóricos que derechos, se asiste a una práctica valorativa, a un conjunto de intervenciones teóricas y prácticas generadoras de instituciones y normas para defender la dignidad de las personas (sin entrar por ahora en el debate acerca de la fundamentación de la noción de dignidad personal), así como para la promoción de esa cultura, de modo que impele a nuevas intervenciones para la ampliación de las libertades (emancipatorias) y que limite y frene a la autoridad en el ejercicio del poder (intervenciones regulatorias).

Se trata de una de las tensiones más radicales inherentes a la historia humana, en general, si bien de un modo más explícito y denodado en la Modernidad capitalista, enfáticamente desde finales del siglo XIX, el siglo XX y lo que va del presente siglo, a saber: la tensión siempre irresuelta entre emancipación y regulación.

Los Derechos Humanos son tema relevante y esencial, referente obligado tanto política como jurídica y socialmente en el debate contemporáneo. La complejidad y riqueza que engloba el concepto, “Derechos Humanos”, nos impele a trasladar su estudio —migración cultural— hacia una perspectiva más amplia que la generada por la especialización actual de las disciplinas del conocimiento humano. Si bien es

³² Pierre Bourdieu, *La lección inaugural*, Barcelona, Anagrama, 2002, p. 13.

cierto que el estudio del tema nos remite, en un primer momento, al terreno jurídico, también es cierto que el debate y la investigación no se agotan en este punto.

Un tema tan rico y extenso precisaría de la inclusión de diversas disciplinas, ya con el fin de llevar a cabo un trabajo interdisciplinario, o de generar una colaboración multidisciplinaria. Los Derechos Humanos poseen una arquitectura jurídica, base que permite y garantiza su ejecución, pero que resulta insuficiente respecto de una comprensión más abierta y plural. Un panorama más completo del tema no puede limitarse al aspecto jurídico, debiera ir más allá. La propuesta de abordar el estudio de los Derechos Humanos partiendo de un enfoque inter-multidisciplinario, refiere a la necesidad de apremiante de llegar a adquirir un conocimiento no unilateral sino integral del tema. Los Derechos Humanos no acaban en la legislación, las normas y su exigibilidad, antes bien, culminan parcialmente en ella.

Ahora bien, el trabajo interdisciplinario representa un intento de colaboración entre disciplinas. Así pues, el discurso de los Derechos Humanos no sólo habla de jurisprudencia, leyes y normas sociales, sino también de economía, psicoanálisis, sociología, religión y antropología. El trabajo entre disciplinas nos permite analizar, en sentido fuerte, descomponer un tema, que en apariencia refiere sólo a un área del conocimiento, con el fin de observar con claridad el hecho de que también interpela a otras ramas arbitrariamente separadas del conocimiento humano y de la naturaleza.

Puede decirse que se trata de la idea de abordar el estudio de los Derechos Humanos desde una perspectiva más humanista, que permita la inclusión de un enfoque multidisciplinario e interdisciplinario; tal discurso de integración y de producción cognoscitiva de pretensión cualitativa mayor, posibilita las condiciones epistemológicas, pero también la acumulación y síntesis de masa crítica proveniente de la experiencia, para arribar a un corolario deontológico de la "vida buena" y la derivada noción de los llamados "derechos del buen vivir".³³ Este valor a futuro, no obstante su carácter genérico, contiene ese talante de pluralidad susceptible de propiciar consensos relativos, si bien no consensos 'densos' (coincidencia de valores sustantivos y acuerdo en cuanto a su fundamentación), sí procura consensos 'tenues', periféricos; si bien, a la larga, pertinentes para acumular lazos de entendimiento y espacios de tolerancia.

³³ Jean Paul Sartre y Benny Levi, *La esperanza ahora. Las conversaciones de 1980*, Madrid, Arena Libros, 2006.

VII. Tesis Seis. Conclusiones provisorias

1.

Toca entonces, a las ciencias sociales y a la filosofía (social, política, del derecho) lidiar con ese objeto poliédrico, complejo y múltiple de los Derechos Humanos. Práctica valorativa, de intervenciones múltiples, generadora de normas e instituciones para (con la finalidad de) la protección y el respeto de la dignidad de las personas.

Discurso social multidisciplinar que es discurso de las instituciones y de la relación —feliz o infeliz— con las instituciones. Entonces, se presupone y produce una distancia (insuperable y/o insoportable) para con la institución y para quien piensa esa relación. Ya no es posible un pensamiento ingenuo, se quebranta la inocencia respecto de permitir el cumplimiento feliz de las expectativas de la institución. Parábola o paradigma, la reflexión sobre la reflexión, el pensar lo que se piensa, es el discurso que se refleja a sí mismo en el acto del discurso, el discurso de los Derechos Humanos que se refleja a sí mismo en el acto del discurso acerca de los Derechos Humanos.

La paradoja posee, al menos, la virtud de recordar una de las características fundamentales de las ciencias de la sociedad: todas las aseveraciones que este discurso enuncia pueden y deben predicarse del sujeto que realiza la reflexión. Si los teóricos de los Derechos Humanos no saben introducir esta distancia objetivadora (crítica), entonces, el discurso de los Derechos Humanos sucumbe, como es la situación dominante en el caso en México, a la pendiente resbaladiza del maniqueísmo. El inquisidor radical que desde las organizaciones de la sociedad civil abdica a favor de una representación populista del pueblo o el inquisidor institucional que desde el poder de las instituciones públicas de defensa de los Derechos Humanos abdica a favor de la representación elitista de las autoridades estatales.

La reflexión de las llamadas ciencias sociales (aún la reflexión de las ciencias duras) y los sujetos que la desempeñan no supone romper las adherencias y adhesiones a través de las cuales suele sentirse el investigador identificado con determinados grupos o clases sociales, tampoco renuncia a las creencias que son constitutivas de la pertenencia ideológica, valorativa o religiosa, ni tiene por qué rechazar los vínculos de afiliación o filiación política o intelectual.

Considerar que la inserción social de los intelectuales (de diversos grados) comprometidos con los Derechos Humanos pueda ser un obstáculo insuperable para el establecimiento de una investigación seria de pretensión científica en el campo de las relaciones sociales o un quehacer teórico crítico riguroso, significa el olvido de que las disciplinas sociales y sus ejecutantes encuentran las herramientas para distanciarse de los determinismos sociales en sus propias disciplinas, capaces de poner

en evidencia esos mismos determinismos sociales, a partir de los cuales es que se ha podido tomar conciencia de ellos.

La teorización crítica reflexiva respecto del discurso dominante de los Derechos Humanos, el pensar cómo es que se piensa ese objeto teórico-práctico de los Derechos Humanos, es lo que permitiría movilizar en contra del discurso dominante —que se está estableciendo— los conocimientos del discurso ya establecido; ese pensar lo que se piensa resulta un instrumento imprescindible del método de las ciencias sociales: se hace ciencia tanto contra su formación (su proceso), así como con respecto al discurso científico mismo.

Hacer la crítica social de los modos de estudio de los Derechos Humanos y del microcosmos intelectual que los produce contribuye al conocimiento del sujeto de conocimiento al introducir, por la vía del análisis crítico-reflexivo, las categorías de pensamiento impensadas que delimitan lo pensable y predeterminan lo pensado (presupuestos, censuras, lagunas, ordenanzas, autoridades que se aceptan o se ignoran deliberadamente y, también, inconscientemente).

2.

Sabemos que gran parte del desarrollo de las disciplinas teóricas ha supuesto la forma de la especialización, paradójicamente, su éxito es, desde hace décadas, uno de sus principales problemas. Las disciplinas se han cerrado en sí mismas, una suerte de solipsismo impide o dificulta al extremo la comunicación entre ellas. Así, el estudio de los fenómenos los presenta fragmentados, parcializados; concebir la unidad parece casi imposible. Como hemos visto, la idea de la interdisciplina y, críticamente derivada, la multidisciplinariedad (transdisciplinariedad en otra tendencia teórica) busca responder a esa circunstancia de fragmentación y especialización.

Pero ni la interdisciplina o la multidisciplina han fructificado lo suficiente como para afirmar que se rompe con la especialización. De hecho, ambas le pagan tributo; cada disciplina intenta, antes que nada, hacer valer la delimitación de su propio objeto, “hacer que se reconozca su soberanía territorial”;³⁴ las divisiones y delimitaciones se fortalecen, los intercambios son exiguos.

Habría que repensar en los orígenes; no es la especialización contemporánea la clave originaria del desarrollo científico. “El desarrollo de la ciencia occidental desde el siglo XVII ha sido no solo un desarrollo disciplinar, sino también un desarrollo transdisciplinar o multidisciplinar”.³⁵ Incluso, sin dejar de pensar en la ciencia, en virtud de

³⁴ Edgar Morin, *Ciencia con consciencia*, p. 311.

³⁵ Edgar Morin, *op. cit.*, p. 311. Los subrayados son de EM.

la persistencia de la idea de la unidad de método, así como de un conjunto de postulados implícitos en las disciplinas, como el de la objetividad, la formalización, el uso de las matemáticas como un lenguaje explicativo generalizado, así como el de la eliminación del problema del sujeto.

Este conjunto de principios multidisciplinarios e interdisciplinarios fundamentales de la ciencia son, precisamente, los que han permitido la compartimentación disciplinar; la pretendida unidad del quehacer científico —la explicaciones deductivas verificadas empíricamente en las ciencias naturales y la compleja dialéctica comprensiva-explicativa en las ciencias humanas o sociales— siempre ha tenido un alto grado de abstracción y de formalización que resulta un obstáculo para la intercomunicación entre las diferentes disciplinas.

El estudio y la investigación de los Derechos Humanos, por la naturaleza práctica y teórica de la constitución de su objeto, por su consistencia como disciplina que busca el establecimiento de la conexión del saber teórico con la práctica vivida, por la tensión interna entre el imperativo del interés emancipatorio en su práctica cognoscitiva y su interés regulatorio para la defensa y promoción de la dignidad humana en su accionar cotidiano, por la complejidad en la composición de las disciplinas que históricamente han participado en su configuración, se convierte en un ámbito que interpela y reclama de un tratamiento teórico multidisciplinar e interdisciplinario.

El problema no consiste en hacer lo interdisciplinario o lo multidisciplinar *per se*, sino qué multidisciplinar hay que hacer. No se trata de un imperativo de moda intelectual, ni siquiera de la aplicación de un correctivo teórico que pondere la hegemonía del discurso jurídico dados sus efectos debilitadores de la teoría y la práctica de los Derechos Humanos. Resulta pertinente asumir una perspectiva intermultidisciplinar en virtud —a final de cuentas— de su inherente correspondencia con el sentido emancipatorio que anima o debiera animar la teoría y la práctica de los Derechos Humanos; ese todavía oscuro objeto del deseo del pensamiento crítico y los hombres libres e iguales.

VIII. Bibliografía

- ADORNO, Theodor W. *et al.*, *The Positivist Dispute in German Sociology*, Nueva York, Harper Torchbooks, 1976.
- APÓSTEL, Leo, *et al.*, *Interdisciplinariedad*, México, ANUIES, 1975.
- BAUDRILLARD, Jean, *La agonía del poder*, Madrid, Ediciones Pensamiento, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt, *La modernidad líquida*, México, FCE, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt, *Tiempos líquidos*, México, Tusquets Editores, 2009.

- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global, Amok, violencia, guerra*, Madrid, Siglo XXI, 2006.
- BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Buenos Aires, Paidós, 1998.
- BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos*, 4a. ed., México, Siglo XXI, 2001.
- BINDÉ, Jérôme, *¿Hacia dónde se dirigen los valores? Coloquios del siglo XXI*, México, FCE, 2006.
- BORRADORI, Giovanna, *La filosofía en una época de terror. Diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*, Madrid, Taurus Pensamiento, 2003.
- BOURDIEU, Pierre, *El oficio de sociólogo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1975.
- BOURDIEU, Pierre, *Lección sobre la lección*, Barcelona, Anagrama, 2002.
- DIJK, T. A. van, "La multidisciplinariedad del análisis crítico del discurso: un alegato a favor de la diversidad", en Ruth Wodak y Michael Meyes, *Métodos de análisis crítico del discurso*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- FOLLARI, Roberto, *Interdisciplinariedad (los avatares de la ideología)*, México, UAM-Azcapotzalco, 1982.
- FOLLARI, Roberto, "La interdisciplina revisitada", en *Andamios. Revista de Investigación Social*, vol. 1, núm. 2, México, junio de 2005.
- FOLLARI, Roberto, "¿Relevo en las ciencias sociales latinoamericanas? Estudios culturales, transdisciplinariedad e interdisciplinariedad", en *Revista Artigos*, vol. 3, núm. 2, Sao Paulo, enero-abril de 2002.
- FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso*, Lección inaugural en el Collège de France (diciembre 2, 1970), Madrid, Tusquets, 1973.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Madrid, Gedisa, 1973.
- GEORGE, Susan et al., *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, *Ciencia y técnica como ideología*, Madrid, Tecnos, 1984.
- HABERMAS, Jürgen, *Conocimiento e interés*, Madrid, Taurus, 1982.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1987, 2 vols.
- JAY KLINE, Stephen, *Conceptual Foundations for Multidisciplinary Thinking*, Stanford, Stanford University Press, 1993.
- LEFORT, Claude, *La incertidumbre democrática. Ensayos sobre lo político*, Barcelona, Anthropos, 2004.
- MORALES, Cesáreo, *Pensadores del acontecimiento*, México, Siglo XXI, 2007.
- MORIN, Edgar, *Ciencia sin consciencia*, Barcelona, Anthropos, 1984.
- MORIN, Edgar, *El método*, Madrid, Editorial Cátedra, 2006, 5 vols.
- MORIN, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- MUÑOZ RUBIO, Julio, coord., *La interdisciplina y las grandes teorías del mundo moderno*, México, UNAM, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Coordinación de Humanidades, 2007.

- NEGRI, Antonio, *La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política*, Barcelona, Paidós, 2008.
- PIAGET, Jean, *Clasificación de las ciencias y principales corrientes de la epistemología contemporánea*, Buenos Aires, Paidós, 1979.
- PIAGET, Jean, *Construcción y validación de las teorías científicas: contribución de la epistemología genética*, Buenos Aires, Paidós, 1986.
- PIAGET, Jean, "La epistemología de las relaciones interdisciplinarias", en Leo Apóstel, et al., *Interdisciplinariedad*, México, ANUIES, 1975.
- PIAGET, Jean, *Naturaleza y método de la epistemología*, Buenos Aires, Paidós, 1979.
- PIAGET, Jean, *Tendencias de la investigación en las ciencias sociales*, Madrid, Alianza, 1973.
- REVUELTAS, José, *México 68: juventud y revolución*, México, Era, 1984.
- RICOEUR, Paul, *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido*, México, Siglo XXI, 2006.
- SARTRE, Jean Paul y Benny Lévy, *La esperanza ahora. Las conversaciones de 1980*, Madrid, Arena Libros, 2006.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*, Bogotá, Ediciones Uniandes / Universidad de los Andes, 1998.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Bogotá, Trotta, 2005.
- VILLAGRÁN, Carlos y Armando Cassigoli, *La ideología en sus textos*, México, Marcha Editores, 1982, 3 vols.
- VILLORO, Luis, *Creer, saber y conocer*, México, Siglo XXI, 1996.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *Impensar las ciencias sociales. Límites de los paradigmas decimonónicos*, México, Siglo XXI / Centro de Investigaciones Interdisciplinarias de las Ciencias y Humanidades, 1998.

Antropología y derechos humanos

*Carlos Brokmann Haro**

RESUMEN: La relación entre la antropología y los derechos humanos ha tenido un desarrollo marcado por las diferencias conceptuales y teóricas. En la práctica, la interacción entre ambos campos ha sido mutuamente benéfica por las bases compartidas de compromiso ético y el interés común por la protección y defensa de los derechos. El texto argumenta que, más allá de las discusiones filosóficas, las diferentes disciplinas antropológicas y su dedicación al estudio de la alteridad las convierten en un instrumento idóneo para la implementación de sistemas eficaces de derechos humanos en contextos culturales específicos.

ABSTRACT: *The relationship between anthropology and human rights has had a development characterized by conceptual and theoretical clashes. Nevertheless, in everyday practice the interaction between both fields has been mutually beneficial because of their shared ethical commitments and the commonality of the interest in the defense and protection of those rights. The text argues that, beyond philosophical debate, the diverse anthropological disciplines and their basic dedication to the study of alterity make them ideal instruments to implement effective systems for the protection of human rights in specific cultural contexts.*

SUMARIO: I. Introducción. Antropología, alteridad y derechos humanos. II. Universalismo y relativismo. 1. El cuestionamiento antropológico. 2. Cultura y sociedad. III. La antropología como instrumento de los derechos humanos. 1. El método comparativo. 2. Las disciplinas antropológicas. IV. Desafíos para una antropología de los derechos humanos. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción. Antropología, alteridad y derechos humanos

La antropología, dedicada al estudio de los seres humanos, las sociedades que constituyen y su cultura a través de varias disciplinas, ha aumentado dramáticamente su interés por los derechos humanos durante las últimas décadas. Esta tendencia está muy marcada en Europa, así como en los Estados Unidos, mientras que en México, considerando la tradicional participación del antropólogo en la

* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

vida social y política de las comunidades de estudio, la tendencia no ha sido tan notable. Las razones, desarrollo y perspectivas de estos procesos constituyen el objeto de reflexión de este texto, que en resumen plantea la necesidad de revalorar la relación que existe entre la antropología y los derechos humanos como un camino para promover su eficaz defensa y protección.

En un texto reciente, Mark Goodale ha resaltado que dos grandes factores hacen urgente el desarrollo de una antropología de los derechos humanos. El primero es que, a la luz de las grandes transformaciones políticas de los últimos 20 años, la teoría y la práctica de los derechos humanos han permanecido relativamente estáticos. La Declaración Universal de los derechos humanos de 1948 y lo que denomina su “constelación” de instrumentos derivados siguen siendo el anclaje dominante de un sistema que tiende a virar cada vez más hacia el neoliberalismo. Este hecho y su gradual confrontación con modelos alternativos que cobran mayor fuerza histórica resulta una contradicción en cuya posible solución podría coadyuvar la antropología.¹ Una segunda razón se encuentra en la raíz de la práctica antropológica. Desde hace unos veinte años las etnografías, estudios de caso e inclusive la posición del investigador en relación con la defensa de los intereses de las comunidades que estudia se han ido orientando cada vez más hacia los derechos humanos. El análisis de su adopción, discurso, reivindicaciones, instrumentalización y puesta en escena es un componente cada vez más común del trabajo de campo, pero apenas está siendo sometido a la revisión conceptual y crítica. Esta revisión es imprescindible ante la realidad de que se trata de un fenómeno global que cobra un mayor carácter hegemónico, lo que obliga a replantearlo y entenderlo para desarrollar nuevos instrumentos analíticos.

El trabajo analítico de la disciplina debe basarse en una definición de los derechos humanos que permita mayor flexibilidad de lo que el punto de vista estrictamente jurídico permite tradicionalmente. La mayoría de los antropólogos anglosajones citan la muy amplia definición de Donnelly, según la cual:

¹ Como han notado diversos antropólogos, el contexto histórico de 1948 era muy diferente al actual. Las potencias occidentales mantenían la mayor parte de sus imperios coloniales, la confrontación entre capitalismo y socialismo parecía explicar la mayor parte de los fenómenos políticos y la multipolaridad apenas se atisbaba en el horizonte. Los vertiginosos cambios ocurridos en las postrimerías del siglo XX y los albores del actual apuntan a que la teoría basada en la declaración y sus instrumentos sea rebasada cada vez más por la práctica de los derechos humanos, lo cual hace urgente un nuevo enfoque que vaya más allá de los jurídicos. Mark Goodale, *Surrendering to Utopia: An Anthropology of Human Rights*. Stanford, Stanford University Press, 2009, pp. 10-11, en [http:// books.google.com /books?i d=HYteeZ_gET8C& printsec= frontcover&dq=surrendering+to+ utopia#v= onepage&q= &f=false](http://books.google.com/books?i d=HYteeZ_gET8C& printsec= frontcover&dq=surrendering+to+ utopia#v= onepage&q= &f=false), consultado en agosto de 2009.

Son los que merece de manera natural cualquier persona, meramente en virtud de ser humana, a fin de sobrevivir, disfrutar del bienestar y obtener su realización. Además, no sólo todos los seres humanos deben aspirar a esos derechos esenciales, sino que éstos son simplemente correctos en el sentido de moralidad y justicia. Aunque hay muchas clases diferentes de derechos, los derechos humanos son los más fundamentales, universales e inalienables, y se espera de los gobiernos que los difundan y los defiendan.²

Una de las especialistas de mayor reconocimiento académico, Sally Engle Merry, propone que la antropología debe abordar el estudio de los derechos humanos desde el punto de vista de que cada cultura genera su propio discurso y concepción de derechos particulares. Este discurso cultural se puede analizar a través de un eje simbólico al revisar el surgimiento, desarrollo y dispersión de estas ideas, así como de un eje pragmático, en el cual se contrastan con su vigencia y efectividad de su puesta en práctica.³

Para la antropología los derechos humanos se encuentran inmersos en un marco de relaciones sociales, políticas, culturales y económicas. Su discurso se proyecta en general al plano de lo jurídico pero se desborda hacia los demás de tal manera que se convierte en el instrumento para alcanzar objetivos más allá de los límites que originalmente se habían planteado. La antropología ha reconocido procesos en los cuales los derechos humanos son planteados como el vehículo de diversas reivindicaciones a través del encuadre de éstas dentro de un discurso cada vez más globalizado, como la politización de las luchas por la emancipación hawaiana con base en los derechos culturales, el caso de las minas bolivianas y, de manera más cercana, el enlace zapatista entre cultura y resistencia.⁴

II. Universalismo y relativismo

Los pasos iniciales de la cultura de los derechos humanos fueron vistos con suspicacia por la antropología. A pesar de que los principios de compromiso político y fundamen-

² Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca / Londres, Cornell University Press, 1989, p. 145.

³ Cf. Sally Engle Merry y Mark Goodale, eds., *The Practice of Human Rights: Tracking Law Between the Global and the Local*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

⁴ El papel de la antropología como disciplina comprometida con las comunidades de estudio es particularmente fuerte en los casos de las reivindicaciones culturales de las minorías. Desde la participación de Lewis Henry Morgan con los indígenas canadienses hasta el papel de Franz Boas, este rol ha sido constantemente reivindicado. Ulf Johansson Dahre, "The Politics of Human Rights: Indigenous Peoples and the Conflict on Collective Human Rights", *The International Journal of Human Rights*, vol. 12, núm. 1, 2008, pp. 42-44.

tación ética de la práctica cotidiana no diferían en ambos casos, el desarrollo de la disciplina la había hecho refractaria a varios elementos de la nueva perspectiva social.

Un eje importante de esta posición alejada del compromiso político se basó en los orígenes positivistas y colonialistas de la antropología. Suponiendo que el alejamiento del observador, en este caso, el antropólogo, con respecto al sujeto de estudio, que debía ser transformado en un objeto, era la fórmula para la observación científica, la norma durante los primeros años fue no participar en la vida política o en la defensa de los grupos estudiados. Un notable ejemplo contrario fue la escuela difusionista de los Estados Unidos, la cual, con Franz Boas como líder, participó en la defensa legal y en la asesoría de los derechos para numerosos grupos indígenas norteamericanos. Estas prácticas marcan una importante diferencia entre las escuelas teóricas americanas de los Estados Unidos, México y países como Perú con respecto a las corrientes europeas. El mayor alejamiento de las posiciones europeas con respecto a las poblaciones que estudiaba llevó, en la actualidad a un proceso de "culpa histórica" más acentuado en Europa, con la consiguiente reivindicación política para "borrar el pasado".

A su vez, el rápido desarrollo de una teoría propia de los derechos humanos rebasó la comprensión antropológica en los primeros años. Por ejemplo, la existencia de tres generaciones en la conceptualización es un problema interesante porque pueden ser vistos como evolutivos, aunque desde la teoría se trata de variables interrelacionadas que no deberían ser separadas. Esto plantea la existencia de derechos diferenciados según el grado de desarrollo económico y político, la cultura específica y la región de la que se trate. En este aspecto muchos antropólogos se han adherido a las propuestas de Jack Donnelly, quien considera que pragmáticamente que se puede recorrer una serie de peldaños en el avance hacia una verdadera vigencia global de los derechos humanos.⁵

1. El cuestionamiento antropológico

El verdadero debate fue, sin embargo, la confrontación entre la idea de la universalidad de los derechos humanos y el relativismo que constituye la base de la antropología. El debate, que parece imposible de resolver por su carácter filosófico, puede ser aprehendido desde diversos puntos de vista.⁶ La mayoría de los antropólogos

⁵ Jack Donnelly, *International Human Rights*, Boulder, Westview Press, 1993, pp. 7-14. (Dilemmas in World Politics)

⁶ Vid. Carlos Brokmann, "Relativismo cultural: evolución de un concepto antropológico ante los derechos humanos", *Derechos Humanos México. Revista del CENADEH*, año 2, núm. 5, 2007, pp. 33-38.

parten de la base de que los derechos humanos, en definición estricta, fueron formulados como tales solamente a partir de la Ilustración. En este sentido, pueden considerarse una manifestación histórica, que no aparece antes ni necesariamente es compartida por todos los grupos étnicos ni por las distintas culturas. La codificación de estos derechos, por otra parte, es aún más tardía y se debe a los excesos genocidas de la Segunda Guerra Mundial y a los extremos practicados a través de los conflictos del siglo XX.⁷

El interés antropológico europeo y norteamericano por los derechos humanos se incrementó de manera notable precisamente a partir de este conflicto. En los primeros años este interés, particularmente en los Estados Unidos, se caracterizó por el rechazo del principio de universalidad de los instrumentos internacionales propuestos por la Organización de las Naciones Unidas y se volvió explícito a través de la American Anthropological Association (AAA) y su defensa del relativismo extremo. Unas décadas más tarde y ante la evidencia de que los derechos humanos podían ser de gran utilidad para enfrentar los problemas de violaciones que los antropólogos encontraban en la práctica cotidiana de su profesión en las distintas sociedades y grupos, la AAA tomó la posición contraria. El documento en el cual se adhiere a los principios básicos y los enunciados de los derechos humanos constituye uno de los ejemplos más acabados de la adopción de posiciones avanzadas y socialmente comprometidas.⁸ Este documento, no obstante, tiene una falla importante al negar al relativismo como principio ético, sin reconocer que se trata de la perspectiva básica a través de la cual el antropólogo conoce la alteridad.

La paradoja de la universalidad y el relativismo puede ser vista desde la posmodernidad a través de propuestas como la de Foucault. Su defensa del individualismo y la agencia en la toma de decisiones, así como el reconocimiento extremo de las diferencias culturales significó la anulación de un concepto simplista acerca de la unicidad. Esto lo llevó a negar al liberalismo su proyección como puente entre culturas, una posición que ha sido gradualmente adoptada por la mayor parte de la antropología. Derridá llevó estas críticas al extremo al cuestionar la comunalidad de los valores y creencias occidentales, especialmente al tratarse de un discurso impuesto mediante la fuerza. En su opinión el discurso de los derechos humanos, al menos en su formulación tradicional, es excluyente por tratarse de un lenguaje ajeno que debe aceptarse para tener acceso a otras ventajas. Propuso que la "alteridad radical"

⁷ Thomas Hylland Eriksen y Finn Sivert Nielsen, *A History Of Anthropology*, Londres, Pluto Press, 2001, pp. 154-156. (Culture and Society)

⁸ American Anthropological Association, Committee for Human Rights Guidelines, aprobadas por el Consejo Ejecutivo de la AAA el 7 de octubre de 1995, consultado en: <http://www.aaanet.org/stmrts/humanrts.htm>.

impide la comparación directa entre grupos humanos.⁹ Una de las disciplinas antropológicas, la antropología filosófica rechaza también que exista una moral de origen naturalista o immanente al ser humano, proponiendo en cambio la búsqueda de una alternativa en el pensamiento de las diferentes culturas como pilares para cimentar una serie de puentes entre ellas.¹⁰ Para tender estos puentes sería necesario establecer los puntos de contacto comunes, una labor que solamente la etnografía comparativa, lo más alejada posible del etnocentrismo, puede lograr. Este nuevo discurso de los derechos humanos es, desde este punto de vista, el único capaz de enlazar al Yo con el Otro con bases sólidas y sin depender de la imposición o la conveniencia política.¹¹

El surgimiento de los derechos humanos constituye también un área de interés para la antropología porque se trata de la construcción de un discurso de carácter global cuya implementación se logra a través de instrumentos compartidos. Críticos como Ignatieff han sugerido que en su parte más oficialista y exteriorizada, se trata de un proceso equiparable con un culto religioso con bases políticas pragmáticas, como sugiere en su título *Human Rights as Politics and Idolatry*. Para la disciplina el desarrollo de este movimiento internacional de los derechos humanos supone un fenómeno que debe ser analizado en su dimensión histórica, práctica, simbólica y en cuanto a la construcción de una nueva ideología cuya pretensión explícita es tener alcances globales. Este objetivo explícito es contrastado con sus resultados prácticos y particularmente con la manera en que se ha ido consolidando el sistema mundial. En este eje analítico problemas tales como la relación que existe entre los derechos humanos y el desarrollo (económico, político, social, cultural, etc.), los movimientos sociales y contestatarios han sido estudiados por la antropología, contribuyendo a la comprensión y fortalecimiento de su vigilancia y protección efectiva. Con este proceso la tortuosa relación entre los derechos humanos y la antropología finalmente podría resolverse para superar el marasmo de irrelevancia que la caracterizó durante décadas.

⁹ Helen Stacy, "Human Rights in a Fragmenting World", conferencia no publicada, 10th Annual Conference on "The Individual vs. the State", Universalism in Law: Human Rights and the Rule of Law, Central European University, Budapest, 14-16 June 2002, en www.ceu.hu/legal/ind_vs_state/Stacy_paper_2002.htm, consultado en agosto de 2007; Helen Stacy, "Western Triumphalism: the Crisis of Human Rights in the Global Era", reseña de Anthony J. Langlois, *The Politics of Justice and Human Rights: Southeast Asia and Universalist Theory*, *Macquarie Law Journal*, vol. 2, 2002, pp. 7-8.

¹⁰ Cf. Jack Donnelly, "Ethics and international human rights", en *Ethics and international affairs: Extents and limits*, Jean-Marc Coicaud y Daniel Warner, eds., Tokyo / Nueva York, United Nations University Press, 2001.

¹¹ Helen Stacy, "Western Triumphalism: the Crisis of Human Rights in the Global Era", reseña de Anthony J. Langlois, *The Politics of Justice and Human Rights: Southeast Asia and Universalist Theory*, *Macquarie Law Journal*, vol. 2, 2002, pp. 7-10.

Tomemos un caso práctico para ilustrar el punto. La reacción internacional ante las violaciones depende de factores que requieren un análisis específico en cada caso. Al comparar ejemplos tan graves como los genocidios de Sierra Leona y Kosovo con el levantamiento zapatista, se ha sugerido que algunos de los principales incluyen la identificación cultural con las víctimas, la importancia estratégica del área, la transparencia y oportunidad de la información disponible, el racismo e inclusive la estrategia utilizada por los grupos para difundir los principios y condiciones de su lucha.¹² Estos factores podrían definirse como estructurales cuando se encuentran en la base de los sistemas culturales, sociales y políticos que impiden una percepción adecuada de los conflictos y coyunturales cuando dependen de una adecuada estrategia de comunicación.

Para diversos autores, la aplicación e implementación tanto de la ley como de los derechos humanos, en cuanto entidad jurídica, son resultado de condiciones sociales específicas. Derivan su legitimidad sociológica de esas condiciones en función de que se mantengan vigentes y desde la perspectiva jurídica se ha vuelto evidente que no basta un solo marco teórico ético-político para explicar la realidad. Para Stacy, una metafísica universal de la identidad humana no alcanza a describir la singularidad de los grupos e individuos que las instituciones deben satisfacer. Para ella el sistema de valores del individualismo moral que yace en el núcleo de los derechos humanos y la justicia internacional no es absoluto; la búsqueda de justicia *no necesariamente* está enlazada con cada elemento de los sistemas jurídicos modernos.¹³ De esta manera lo que se necesita son formas innovadoras para entender las diferencias culturales y la alteridad y analizar cómo afectan los valores culturales a los juicios y valoraciones que se llevan a cabo. Por supuesto, esto implicaría evaluar cómo deben afectar los paradigmas normativos en la toma de decisiones que son adoptadas a partir de los juicios y valoraciones de cada cultura.

Los derechos humanos han ocupado un lugar central en las políticas nacionales, las relaciones internacionales y la globalización debido a su proyección como valores universales y a su aceptación por parte de la mayoría de los actores. Para Dahre, este proceso se correlaciona con el fin de la narrativa política del siglo XX al terminar de la Guerra Fría, pero entra en contradicción con su instrumentalización por parte de grupos cuyas reivindicaciones pueden ser anteriores a este momento. En esta condición entran muchos casos estudiados por la antropología, tales como las ancestrales luchas colectivas o comunitarias que han ido adoptando un discurso

¹² Estos fenómenos son tan diversos que merecen un texto específico para tratarlos con detenimiento. Un hecho que resalta en su análisis es el surgimiento resiente de una narrativa completamente diferente de los conflictos y de las condiciones en las cuales los derechos humanos son instrumentalizados para las reivindicaciones de diversos grupos.

¹³ *Op. cit.*, pp. 7-11.

contemporáneo. Esta adopción es explicable en términos de que tradicionalmente habían estado marginadas de los canales de resolución política liberales, pero plantea problemas evidentes. Antropológicamente, el uso de un discurso y sus términos no se correlaciona necesariamente con su adopción plena y, mucho menos, con las implicaciones que tiene para los demás hablantes. Entender estas interpretaciones y empleos requiere un análisis profundo y una deconstrucción para que recobre significado.¹⁴

El relativismo implícito en estas críticas es el punto de partida de la antropología. Pero también constituye el obstáculo principal del universalismo en el que descansa la teoría de los derechos humanos. Esta contradicción parece en principio insalvable, pero en la práctica y desde la perspectiva de los objetivos éticos de ambos no resulta tan fundamental. ¿Por qué? El relativismo antropológico parte de un principio de tolerancia y respeto por la alteridad, uno de los propósitos fundamentales de los derechos y los enlaza más allá de la discusión académica.¹⁵ De manera que se puede plantear el dilema en distintos niveles analíticos. El primero es el filosófico, en el cual relativismo y universalismo representan principios irremediablemente opuestos. El segundo es más pragmático en la implementación de sistemas eficaces de defensa y protección de los derechos. Tiene que ver con la política y el poder implícitos en la discusión y corre paralelo a los objetivos de las dos áreas. En este sentido la contradicción puede ser profunda, pero los objetivos compartidos construyen puentes que en la práctica se transforman en una relación potencialmente muy fructífera.

Donnelly ha desarrollado un esquema muy amplio del relativismo que ha sido adoptado por buena parte de la antropología norteamericana.¹⁶ Una de sus premisas es que el margen de apreciación depende del contexto amplio en el cual se im-

¹⁴ Dahre, *op. cit.*, p. 44.

¹⁵ Brokmann, *loc. cit.*

¹⁶ El debate entre Universalismo y Relativismo Cultural con respecto a los derechos humanos le parece a Bostian sencillo de sintetizar en dos posiciones antagónicas con base en las propuestas de Donnelly. En primer término, los universalistas que proponen que son "los derechos que toda persona tiene simplemente por ser un humano". En contraparte, los relativistas sostienen que "los derechos dependen de la cultura a la que pertenece un ser humano". El peligro del maniqueísmo es evitado por Donnelly, quien propone que en la práctica estas dos posiciones son los extremos de un *continuum* y propone cuatro categorías diferentes:

- Relativismo Cultural Radical. "La cultura como la única fuente de la validez de un derecho humano o norma".
- Relativismo Cultural "Fuerte". La cultura como fuente principal de la validez de un derecho o norma, pero aceptando la validez universal de algunos derechos básicos.
- Relativismo Cultural "Débil". Supremacía del principio de universalidad pero importancia del marco cultural para la validez de ciertos derechos y normas.
- Universalismo Radical. "La cultura es irrelevante por completo para la validez de los derechos humanos y la normatividad".

plementa, pero que existen prácticas tan contrarias a los principios de los derechos humanos, que deben ser rechazadas y condenadas en cualquier circunstancia. Se debe debatir el carácter y tipos de estas violaciones, pero menciona la ejecución de los apóstatas, la imposición absoluta de un conjunto de valores (políticos, culturales, religiosos) y, en lo general, aquellas que infringen la autonomía personal básica. De esta manera, la oposición frontal y violenta al orden jurídico internacional debe conllevar, automáticamente, su condena por parte de la misma comunidad internacional.¹⁷

La antropología ha reconocido en los derechos humanos un agente activo en la configuración política y social. Debido a que esta acción se realiza principalmente a través de su discurso, sea de naturaleza jurídica, ética o política, el efecto no es directo ni provisto de fuerza coercitiva. Es en el ámbito de la capacidad persuasiva que se encuentran sus principales resultados; en la retroalimentación entre la adopción del discurso, la puesta en escena de nuevas imágenes, símbolos y valores que se le asocian y la transformación del modelo político tradicional. En opinión de Dahre, este modelo es eficaz en condiciones de homogeneidad cultural pero debe ser visto en detalle cuando se encuentra cierto grado de multiculturalidad.¹⁸

2. Cultura y sociedad

La labor antropológica no es la misma que la filosófica. El compromiso ético de la disciplina con la cultura de los pueblos que estudia es vital para comprender la manera en que se ha involucrado con los derechos humanos. Al estudiar los choques entre las hegemonías occidentales y los movimientos contra hegemónicos en el plano de las relaciones internacionales, Gledhill ha señalado que la antropología debe observar la manera en que los enunciados y las instituciones traducen en la práctica al discurso.¹⁹

Ida L. Bostian, "Cultural relativism in International War Crimes Prosecutions: The International Criminal Tribunal for Rwanda", en *beypress* (Berkeley Electronic Press), 2005, Paper 656, pp. 4-7, en: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=3173&context=expreso>, consultado en septiembre de 2007.

¹⁷ Para la antropología anglosajona y en nuestra opinión personal, el autor que se ha acercado con mayor claridad y sencillez a este complejo dilema ha sido Jack Donnelly. Cf. Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca / Londres, Cornell University Press, 1989; Jack Donnelly, *International Human Rights*, Boulder, Westview Press, 1993 (Dilemmas in World Politics); Jack Donnelly, "Ethics and international human rights", en *Ethics and international affairs: Extents and limits*, Jean-Marc Coicaud y Daniel Warner, eds., Tokyo / Nueva York, United Nations University Press, 2001.

¹⁸ Dahre, *op. cit.*, pp. 26-28.

¹⁹ La aportación de Gledhill retoma en buena medida las propuestas de Clifford Geertz para utilizar un método específico del análisis cultural para evitar las trampas del etnocentrismo. Las ideas alrededor de la "Descripción Densa" de cada cultura como manera de instrumentalizar este propósito aparecen en

En la raíz del conflicto se ha identificado un problema teórico que se distingue en el estudio de la interacción entre los derechos humanos y la antropología; la oposición entre el concepto de cultura en un contexto específico y el carácter universal de estos derechos. Este problema medular ha sido enfrentado mediante modelos que proponen una posición intermedia que ha permitido fortalecer el papel de la antropología como instrumento. Con ellos se han enfocado las conceptualizaciones específicas de los derechos fundamentales que gradualmente ocupan un lugar cada vez más importante en luchas y reivindicaciones culturales en todo el mundo.²⁰

La discusión del papel de la cultura dentro de los derechos humanos es un tema de debate que difícilmente puede ser resuelto. Se inserta dentro de la eterna polémica entre el universalismo y el relativismo y por lo tanto proponemos que sea considerado de manera holística. Partiendo del axioma de la imposibilidad de su resolución definitiva, se puede en cambio proponer algunos puntos en los cuales la antropología tiene capacidad de aportar a la discusión de manera pragmática. Uno es la manera en que los derechos humanos han sido adaptados por diferentes culturas a su propio entorno y la validez de estos mecanismos, como en los casos de los sistemas internacionales adoptados en el sudeste asiático y por diversos países musulmanes. Inscribir estas prácticas dentro del marco del universalismo es difícil y las posiciones oscilan desde el rechazo liberal absoluto representado por Huntington, el relativismo moderado de Donnelly o el solapar la existencia de instrumentos contradictorios como en el caso de la ONU y su papel en el desarrollo de cartas de derechos humanos específicas. Este proceso requiere un esfuerzo redoblado para puntualizar qué significa cada tipo de derecho y sus violaciones dentro de una cultura, el cómo adoptar un marco cada vez más compartido para la defensa y protección. La crítica a los modelos en los cuales la práctica se reduce a la firma de convenios o acuerdos, y que ha conducido a una legislación inaplicable o al incumplimiento de las obligaciones internacionales en ausencia de sanciones relevantes para las entidades que trasgredan estos órdenes. Un aspecto relevante ha sido el estudio de las organizaciones no gubernamentales como agentes complementarios que constituyen un fuerte contrapeso a las instituciones del Estado como encargados de las políticas locales, regionales, nacionales e internacionales de los derechos humanos. Otro ha sido la relación que existe entre una cultura específica y su adopción de un modelo de protección eficaz de los derechos humanos, un enfoque especialmente útil al tratar etnográficamente casos muy alejados de la tradición occidental. Los de-

diversos textos. Vid. Clifford Geertz, "Descripción densa: hacia una teoría interpretativa de la cultura", en Clifford Geertz, *La interpretación de las culturas*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 17-40. (Antropología, Serie Cla-De-Ma)

²⁰ Cf. Clifford Geertz, "Distinguished Lecture: Anti Anti-Relativism", *American Anthropologist*, vol. 86, núm. 2, 1984.

rechos de género, en los que destaca el papel y acceso diferencial a estos derechos que tienen las mujeres y diversas minorías, los de tipo cultural reivindicados por actores sociales, el multiculturalismo y problemas tales como la justicia transicional son también ejemplos que han sido abordados por los antropólogos en todo el orbe. El relativismo puede ser utilizado de esta forma como una herramienta teniendo en cuenta las dimensiones filosóficas, académicas, políticas y de relaciones de poder que entraña el dilema de su contraposición con el universalismo.

Para Sloane, la interacción entre el principio de Universalidad de los derechos humanos y el respeto por las prácticas culturales específicas no es imposible de resolver porque el cumplimiento jurídico local no requiere o siquiera sugiere la homogeneización cultural. Esto se debe a que la tolerancia “razonable” y la autonomía forman la base de la universalidad de los derechos humanos. Sin embargo, mientras que el principio de su universalidad permite una considerable diversidad cultural, no todas las prácticas y normas se conforman con sus postulados.²¹ Otra área de conflicto teórico es la tolerancia ante los sistemas, grupos o instituciones que no son tolerantes del marco de relativismo cultural, un problema que ha sido criticado por Sartori. En este extremo, algunos antropólogos defienden el llamado “relativismo cultural bruto”, que se basa en la propuesta de que la imposición de un valor sobre otro es moralmente ilegítimo. Esto tiene para el italiano al menos dos trampas lógicas. La primera es que esta norma “relativista” es, a su vez, una objeción universal y constituye lo mismo que objeta.

En segundo término, en la práctica, la defensa relativista identifica las “prácticas culturales” con lo que un gobierno o grupo específico propone, una interpretación que carece de lógica para la antropología. Tomando en cuenta las objeciones lógicas y empíricas del Relativismo Cultural, Sloane propone que debemos acotar el carácter “universal” de los derechos humanos sin caer en los extremos. Para él, el relativismo cultural debe ser la base descriptiva y no un instrumento político para defender intereses espurios, a la luz de que no existen criterios contingentes, entendidos como estándares independientes del contexto, para evaluar las jerarquías de valores en competencia. Esta ausencia de criterios contingentes apunta a que el carácter “universal” no debe ser entendido en un sentido ontológico o trascendental porque no se trata de la “verdad” única. Este autor propone basarse en una concepción no trascendental de “universal”, basada tanto en lo empíricamente correcto como intrínsecamente deseable. Proponer un “universal” que represente la “verdad objetiva” niega la posibilidad de diferencias entre individuos y culturas. Y de manera inversa:

²¹ Robert D. Sloane, “Outrelativizing Relativism: A Liberal Defense of the Universality of International Human Rights”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 34, 2001, p. 536.

[...] de forma algo paradójica, los derechos humanos universales derivan su mayor virtud —y quizás su más convincente reclamo de universalidad normativa— precisamente en su énfasis en la tradicional tolerancia liberal de un razonable pluralismo de valores.²²

III. La antropología como instrumento de los derechos humanos

Existe una práctica de los derechos humanos en el mundo que ha sido documentada en las etnografías y comienza a ser analizada críticamente. Su importancia y significado trascienden los eternos debates entre sus diferentes epistemologías y demuestran que aunque estos debates sean relevantes, la realidad, objeto de estudio de la antropología, lo es más. Al margen de la discusión teórica, la antropología de los derechos humanos debe centrarse en su registro y estudio en condiciones de perpetua contradicción entre sus postulados ideales y la realidad social y cultural.

Entre la teoría de los derechos humanos, idealmente plasmada en la legislación, y su puesta en práctica existe un abismo que la antropología ha estudiado en los últimos tiempos. La forma en que se crea la normatividad, vista como un discurso específico, su puesta en práctica y la manera en que los organismos nacionales e internacionales la cumplen es un tema central, así como la participación de las organizaciones ciudadanas en este proceso. Estos pesos y contrapesos internos a la cultura de los derechos humanos se estudian también desde la perspectiva histórica, al analizar y explicar el surgimiento y fortalecimiento —o lo contrario— de instrumentos y mecanismos específicos. Para Goodale lo que se necesita es elaborar una etnografía de las normas internacionales y la manera en que han establecido una nueva narrativa mediante el planteamiento de la universalización de los derechos. Sostiene que únicamente a través de la antropología será posible pasar del enunciado de contenido político y de la imposición de relaciones de poder a un sistema auténticamente eficiente de protección que sea aplicado en las diferentes culturas.²³

²² [...] somewhat paradoxically, *universal* human rights law derives its greatest virtue —and perhaps its most compelling claim to normative universality— precisely from its emphasis on the traditional liberal tolerance of reasonable value *pluralism*. Sloane, *op. cit.*, pp. 536-537.

²³ Goodale, *op. cit.*, pp. 111-115.

1. El método comparativo

Es posible que la mayor relevancia de la antropología, como disciplina científica, para los derechos humanos esté en función del estudio que realiza acerca de los grupos humanos y sus miembros. Considerando que los derechos humanos parten de una teoría acerca de la naturaleza humana, los antropólogos le pueden aportar la base teórica y conceptual que han construido sobre la comparación continua entre las diferentes culturas. La expansión global del sistema para su protección y defensa no ha podido eliminar el particularismo, pero ha ayudado a establecer una fuente relativamente consensual para juzgar moralmente a través de las diferencias culturales, más allá del minimalismo global. Etzioni considera que el “diálogo moral” es un instrumento, creado por el relativo consenso de la Declaración Universal de 1948 y útil para establecer una plataforma de negociación para el avance de la protección de los derechos humanos. Este diálogo moral ocurre cuando un grupo acuerda qué valores guiarán sus acciones y relaciones. No sólo se trata de una discusión entre personas razonables, sino de acuerdos entre puntos de vista divergentes.²⁴ Esta posición filosófica acercaría aún más a la antropología con los valores axiomático que en principio, como hemos visto, le parecían contrapuestos.

De esta manera el relativismo moderado es uno de los conceptos antropológicos más útiles para que los derechos humanos pasen del discurso a su implementación en sistemas de protección verdaderamente eficaz. Donnelly ha definido este tipo de posición relativista como un intermedio entre el rechazo absoluto o su aplicación radical, partiendo de una base descriptiva y prescriptiva. Su propuesta en conseguir que se cumpla dentro de este margen bien definido con la normatividad jurídica de manera objetiva y sin discrecionalidad. En este sentido podemos definir el relativismo moderado partiendo de que los valores morales son resultado de condiciones culturales e histórica contingentes, no de carácter universal. Si aceptamos esta premisa, entonces una adecuación de la norma universal es preferible a su inaplicabilidad en un contexto determinado, particularmente si se trata de parte de una serie de cambios tendientes a fortalecer la estructura global de protección de los derechos humanos. Para la antropología comprometida ese panorama amplio, dinámico y tendiente a la mejor defensa y protección es de mayor importancia que el mero enunciado, aún de naturaleza jurídica. Se trata, pues, de una posición realista, pragmática y sustantiva que podría considerarse opuesta al nominalismo de algunos autores tradicionales.²⁵

²⁴ Amitai Etzioni, “The End of Cross-Cultural Relativism”, *Alternatives, Social Transformation and Human Governance*, vol. 22, núm. 2, abril-junio, 1997, pp. 181-184.

²⁵ Jack Donnelly, *International Human Rights*, 3a. ed. revisada, Boulder, Westview Press, 2006, pp. 37-38, 240 (Dilemmas in World Politics).

No debemos olvidar que la contraposición entre los derechos individuales y los de naturaleza colectiva ha sido destacada desde la época de Marx. Para él, la idea de generar derechos a partir de la idea del individuo no solamente negaba los intereses de cualquier tipo de comunidad, sino que constituía la exaltación ideológica de los valores burgueses. La antropología, dedicada desde sus orígenes al estudio de colectividades y la explicación contingente de la conducta individual, ha reconocido claramente esta contraposición a través de diversas etnografías. En la práctica contemporánea las contradicciones no resultan necesariamente excluyentes, pero debe reconocerse que existen casi siempre dos fuerzas opuestas en conflictos en los que se confrontan intereses diferentes. El Estado suele reivindicar la posición universalizante de los derechos individuales, aún cuando no se cumplan salvo para reprimir los movimientos emancipatorios. Por el contrario, las colectividades se orientan hacia los derechos y la reivindicación política de grupo. En ambos casos cabe la posición contraria pero desvirtuada o atenuada en lo jurídico. Ambos esgrimen los derechos humanos y su discurso pero se trata de visiones y propósitos diferentes que deben ser esclarecidos mediante su análisis casuístico.²⁶

2. Las disciplinas antropológicas

Para comprender la utilidad de las disciplinas antropológicas es necesario recapitular acerca de su desarrollo particular. La antropología surgió como opción intelectual a partir del positivismo y el evolucionismo. Este momento histórico, marcado por el signo de la idea del progreso, el capitalismo y el liberalismo, afectó profundamente a la nueva ciencia y la llevó a confrontarse teóricamente con las corrientes dominantes de la historia. La antropología y sus disciplinas afines se desarrollaron, originalmente, dentro del marco de la expansión colonial desde mediados del Siglo XIX. Las potencias coloniales utilizaron la etnografía y su sistematización cognoscitiva, en forma de antropología social y etnología, para comprender las culturas y prácticas de los grupos étnicos que iban siendo sometidos. En la medida en que el colonialismo representa la violación sistemática de los derechos humanos su defensa fue dejada a las agencias legales nacionales e internacionales que tendrían obviamente un escaso interés por combatirlo. En realidad la antropología poco o nada aportó a la investigación o procuración de los derechos humanos hasta después de la Segunda Guerra Mundial. De hecho, la actividad antropológica en relación con la defensa de los derechos humanos se desarrolló a partir de la década de 1980. La bibliografía especializada ha aumentado dramáticamente, la intervención humana se

²⁶ Dahre, *op. cit.*, pp. 45-48.

ha convertido en la norma habitual y han surgido numerosas organizaciones que enlazan a la antropología con los derechos humanos.

La antropología enfrenta condiciones específicas en el campo que muchas veces no pueden ser comprendidas a través de teorías previamente formuladas. Este relativo distanciamiento de otras disciplinas es particularmente marcado al tratarse de fenómenos como la polivalencia institucional, en el cual actores y agentes pueden tener roles multifuncionales. Desde los trabajos de Marcel Mauss y Radcliffe-Brown a la actualidad esto ha sido abordado con una perspectiva que John Bowen ha definido en su propio análisis de caso en Indonesia. Para él, se trata de una reconstrucción basada en el relato antropológico del razonamiento mediante el cual los individuos ponen en práctica sus valores en el marco pluralista. La etnografía de las instituciones, actores, temas y aquello que se negocia y está en juego en cada situación es la base. La interpretación etnográfica busca las pautas, maneras y lógica de la puesta en escena de estas variables. De allí que la relación con la teoría de largo alcance siempre haya sido tirante y dialéctica.²⁷

Un problema práctico que la etnografía de los derechos humanos ha identificado es que su adopción no significa una transformación inmediata de las condiciones previas. Algunos antropólogos han llegado a proponer que el nuevo discurso es utilizado como arma contra los oponentes tradicionales y que puede, de hecho, empeorar los conflictos sociales. Para Tushnet: “una vez que se identifica aquello que importa como un derecho... invariablemente resulta que este derecho es inestable”.²⁸ Es difícil negar que el discurso pueda servir sólo para reestructurar los conflictos en nuevos términos. Para Clifford Geertz los derechos humanos pueden ser tomados como una de tantas formas en que se puede crear el imaginario social del mundo real. De manera que la mera adopción de su discurso no bastaría para cumplir sus premisas, pero también sería impensable creer que una sociedad que comenzara a utilizarlo se transformase de la noche a la mañana. El sentido del discurso es creado por los actores políticos y culturales a través de su práctica y redimensionado en la medida en que permite comprender y aprehender las relaciones sociales.²⁹ Esto implica un proceso en el cual el discurso no es solamente una capa final de barniz decorativo en una cultura estática, sino que su adopción implica la auto-transformación dinámica, histórica y contingente.

²⁷ Cf. Bruce G. Trigger, *Historia del pensamiento arqueológico*, Barcelona, Crítica, 1992. (Colección Crítica/Arqueología)

²⁸ Mark Tushnet, citado por Goodale, *op. cit.*, pp. 18-19.

²⁹ Clifford Geertz, “El impacto del concepto de cultura en el concepto de hombre”, en Clifford Geertz, *La interpretación de las culturas*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 56-57. (Antropología, Serie Cla-De-Ma)

Entre las disciplinas antropológicas cuya acción tiene o puede llegar a tener gran importancia para los derechos humanos la principal es la llamada antropología social (Gran Bretaña), etnología (Francia) o antropología cultural (Estados Unidos). Son términos más o menos equivalentes y hacen referencia al estudio de grupos humanos vivos, a través de sus prácticas culturales y con métodos distintos. Debido a que la mayor parte de este texto ha discutido su perspectiva, no profundizaremos más por ahora en sus posibles aportaciones.

La lingüística, abocada al estudio del lenguaje participa en este debate en función de la preservación y defensa de las lenguas de los grupos minoritarios, así como de las posibilidades de su estudio del discurso. Esto es vital porque el discurso de los derechos humanos ha ampliado dramáticamente su presencia global en las últimas décadas. Una manera sencilla de medir este impacto es un estudio de la difusión de su terminología, pero la lingüística ha formulado estudios más holísticos de este discurso a través de una metodología que ha sido empleada y perfeccionada por largo tiempo. Un primer problema es el signo, que en toda dimensión consta de dos componentes, cuya frágil relación es fácil de comprender en el caso de los derechos humanos. En el nivel *etic*, el signo tiene un significante que puede ser adoptado por cualquier grupo sin que necesariamente se traduzca en una comprensión idéntica en el plano *emic* o del significado. El hecho de que este discurso se haya convertido en la *lingua franca* de la actualidad internacional no oculta el que cada nación, región o grupo utiliza las mismas palabras para referirse a conceptos diferentes. Todo lenguaje es dinámico y para la lingüística, la afirmación relativista de que el discurso de los derechos humanos debe ser rechazado por ser inherentemente occidental es contradictorio, falaz e incorrecto. Una razón para hacerlo es, precisamente, su adopción creciente y generalizada. Este fenómeno ocurre porque la terminología puede ser actualizada y refuncionalizada de manera que sirva a los intereses de diferentes culturas. Pero también esta posición relativista no es terminal. Retomar su discurso significa una gradual adaptación interna del grupo para conformarse al mismo. Esta idea de la retroalimentación del lenguaje con la cultura yace en la base de la interpretación lingüística. Ha sido utilizada exitosamente al estudiar cómo las luchas y reivindicaciones culturales e inclusive comunitarias pueden adoptar un punto de vista originalmente etnocéntrico, liberal o democrático y, gradualmente, cambiar su propia actuación cotidiana bajo su influencia.

Otras disciplinas han aportado directamente a través de sus técnicas y tienen un papel específico en la defensa y protección de los derechos humanos. La antropología física estudia al ser humano a través de su organismo, tanto en vida como a través de sus restos. De ella se desprende la antropología forense, que ha tenido una destacada actuación en la investigación judicial y la defensa de los derechos humanos en casos de masacres y genocidios. La Arqueología estudia a las sociedades hu-

manas a través de sus restos materiales, reconstruyendo su cultura y forma de vida a través de modelos etnográficos. En este campo siempre ha existido una fuerte tendencia hacia su empleo como agente de legitimación del Estado y, particularmente, de sus manifestaciones más autoritarias. Por estas razones la defensa de las reivindicaciones culturales e históricas de diversos grupos ha sido una labor de particular importancia en tiempos recientes. La refutación del esencialismo que yace al pie de buena parte de los autoritarismos y el desarrollo de una crítica a su uso ideológico es una aportación importante a los derechos humanos. De la misma manera, la etnohistoria, que se dedica a reconstruir la historia de las sociedades que carecen de documentación escrita de tradición europea, es un vehículo fundamental para su identidad y reivindicación cultural.

Por último, es necesario recalcar que la antropología se ha dedicado, en buena medida, al estudio de las sociedades más débiles, pequeñas y, en general, menos integradas al modelo social y político de la globalización. Estas poblaciones, sujetas a la expropiación de sus bienes y personas, frecuentemente son las víctimas olvidadas del genocidio, etnocidio y, en general de la violación de sus derechos humanos. La antropología representa un instrumento que puede defenderlos, así como ayudarlos en la búsqueda de la coexistencia con otras culturas, con miras a un beneficio mutuo y mayor.

Un ejemplo de la aplicación del conocimiento antropológico y cultural en los derechos humanos puede verse en algunas tendencias jurídicas. La Doctrina del Margen de Apreciación, definida y utilizada en cientos de casos por la Corte Europea de derechos humanos, es un claro ejemplo de las ventajas de contar con un instrumento de aplicación de la normatividad a través de culturas diferentes. Se trata, en síntesis, de la capacidad de maniobra jurídica que las autoridades europeas tienen para cumplir sus obligaciones dentro de la convención.³⁰ Podemos verla como un mecanismo de interpretación que sirve para deslindar la competencia al determinar cuándo son violados los derechos fundamentales dentro de un contexto cultural más amplio.³¹

³⁰ Aaron A. Ostrovsky, "What's So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals", *Hanse Law Review*, vol. 1, núm. 1, abril, 2005, p. 48, en <http://www.hanse-lawreview.org/cgi-bin/>, consultado en septiembre de 2007.

³¹ Hemos propuesto en un texto anterior que la Doctrina del Margen de Apreciación es un principio útil para mejorar la eficacia de las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos. Se trata de un instrumento que plasma bien, en nuestra opinión, las posibilidades de aplicar la normatividad dentro de una contextualización cultural. Carlos Brokmann, "La Doctrina del Margen de Apreciación como instrumento de la protección de los derechos humanos", *Derechos Humanos México. Revista del CENADEH*, año 3, núm. 8, 2008, pp. 82-85.

IV. Desafíos para una antropología de los derechos humanos

Los derechos humanos, cuyo marco de protección se expandió dramáticamente a partir de la declaración de 1948, han sido vistos como el marco idóneo para la resolución de cualquier tipo de conflictos. Pero desde la declaración misma y a pesar de que fue diseñada como un instrumento para evitar el genocidio y la violación sistemática de todas las garantías que se vivieron desde antes de la Segunda Guerra Mundial, la orientación fue a la defensa de los derechos individuales. En este sentido, la principal expresión que han tenido es como defensa del individuo o ciudadano ante la opresión o excesos del Estado. Desde el punto de vista antropológico esto ha significado dejar de lado los intereses de comunidades, grupos étnicos o culturas en detrimento de una de las áreas potenciales de la mayor importancia. La resolución de este tipo de conflictos y la emancipación y empoderamiento de sus actores minoritarios es un tema que debe ser profundizado. En la actualidad su relevancia es tal, que difícilmente encontramos caso alguno en el cual no exista su discurso como eje de las reivindicaciones. Y esto ha llevado a su vez a un nuevo tipo de conflictos, en los cuales las diferentes culturas deben encuadrar sus reivindicaciones políticas en términos de derechos y dar forma jurídica a procesos de naturaleza fundamentalmente diferente. Para establecer cada dimensión en su justa medida se requiere una etnografía para cada caso, en lo cual se reconozcan las fuerzas y variables involucradas, la manera en que se ha desarrollado el conflicto y cómo ha incidido el discurso y la práctica de los derechos humanos en todo el proceso. Esta deconstrucción procesual es necesaria porque cada caso es diferente y tiene dimensiones particulares, una perspectiva diametralmente opuesta a las intenciones universalistas de los derechos individualizados postulados y protegidos de manera jurídica tradicionalmente. Como ha propuesto Dahre: "Los derechos humanos y su poder dentro y sobre la producción cultural y el conflicto político están en constante renovación, recreación, defensa y modificación".³²

A partir de la década de los noventa las corrientes anglosajonas han redescubierto las ventajas únicas de la perspectiva antropológica en la comprensión de la alteridad. Abandonando las propuestas totalizadoras de las escuelas francesas y alemanas, una descripción adecuada de los fenómenos, sus actores, instituciones, procesos y lógicas internas es considerada ahora el objetivo primordial de la labor antropológica. Goodale argumenta, sin embargo, que esta recuperación del relativismo y la unicidad de cada cultura puede ir demasiado lejos. La oposición entre teoría y práctica resulta falaz porque se trata de una dicotomía de mutua influencia. Este principio hace la interacción entre la monografía del caso y el marco de su in-

³² Dahre, *op. cit.*, pp. 49-51.

interpretación dentro de un modelo general el escenario ideal para la investigación. Al interactuar con los postulados de los derechos humanos esta manera de investigar tiene la posibilidad de resolver algunas de sus contradicciones aparentes. De esta manera:

[...] el fundacionalismo y el universalismo son en sí mismas ideas que pueden convertirse particularmente significativas en la práctica social y que el antropólogo (o cualquier otro investigador o crítico social) brinda un servicio invaluable al resaltar su importancia y poderío como temas para la observación analítica y el escrutinio crítico.³³

En su crítica de la antropología relativista tradicional Goodale propone distinguir los ámbitos y alcances del universalismo. Propone que no se persiga lo objetivamente universal (en el sentido de que explique todo y en todo momento) ni lo ontológicamente fundacional (inmanente a un lugar o grupo humano), sino que se busque aquello que denomina lo “localmente universal”. Esta trascendencia subjetiva, explica, constituye el principio ordenador que caracteriza todo sistema cultural. Los defensores de los derechos humanos deben considerar, entonces una aplicación relativista de sus principios universales. Los derechos humanos están determinados por compromisos con la autonomía individual y la auto-determinación colectiva. Se debe determinar, en todo caso, si las decisiones contra los derechos humanos de un gobierno o una entidad política son tomadas por sus miembros o le son impuestas.³⁴

La arena de los derechos humanos centra la atención en ciertos casos y regiones ante la evidente realidad de que, en general, los países desarrollados y democráticos cuentan con sistemas de protección más eficaces. Las instituciones internacionales suelen guiarse por temas que suben y bajan en el interés y suelen tratarlos de manera que otros quedan relegados o simplemente olvidados. La antropología se ejerce en la mayoría de los casos en regiones y lugares alejados de estas circunstancias preferenciales. Su estudio objetivo de las condiciones locales hace de su etnografía un instrumento idóneo para la evaluación en materia de protección y defensa de estos derechos ya que los ejemplos abundan. Bob ha demostrado que el ámbito rural mexicano, por ejemplo, es el escenario de múltiples procesos de violación sistémica que pasan desapercibidos en la mayoría de las ocasiones. Para él, la inadecuada respuesta de la autoridad y otros ejes de resolución de conflicto pueden ser solucionados con el empleo de este tipo de etnografía. Una etnografía comprometida cuya motivación ética sea promover la defensa de los intereses legítimos

³³ Goodale, *op. cit.*, pp. 6-9.

³⁴ Donnelly, 2001, *op. cit.*, pp. 140-146.

de los grupos, generalmente minoritarios u oprimidos, que constituyen el principal sujeto de estudio de la antropología.

V. Conclusiones

Es evidente que la propuesta antropológica debe dejar de lado por el momento el debate metafísico entre universalidad y relativismo, así como acerca de la naturaleza de los derechos humanos, para encauzarse hacia los esfuerzos a favor de mecanismos que sirvan para mejorar las condiciones de los individuos es más pragmática. El problema se traslada al campo de la definición de los derechos humanos de manera que tengan una base ontológica genuinamente legítima a través de las diferencias culturales que existen entre las sociedades. Basar los derechos humanos en el pluralismo sería, además, un enlace directo con el liberalismo clásico que les dio origen en primer término.

Esta breve revisión de algunos de los puntos de confluencia entre la antropología y los derechos humanos nos deja una serie de ideas. En primer término, la confrontación entre universalismo y particularismo, filosóficamente imposible de resolver, en la práctica cotidiana ha sido solventada por la existencia de principios y objetivos éticos compartidos. Esto nos lleva a que la versión antropológica de este particularismo, el relativismo cultural, es una herramienta que no se contrapone con la defensa y protección de los derechos debido a su naturaleza y particular desarrollo. Para la antropología, sin este tipo de relativismo no es posible comprender la alteridad salvo desde un punto de vista propio, lo cual implica la proyección de valores etnocéntricos hacia otras culturas. La antropología es y debe ser todavía más inseparable de los derechos humanos debido a que es la ciencia que estudia, tradicionalmente, la alteridad. Conocer a los demás en el marco de su propio contexto y valoración cultural permite no solamente el diálogo, sino la implementación de sistemas más eficaces. Entre sus ventajas hemos visto que el relativismo cultural antropológico lleva a desarrollar respuestas y soluciones específicas contextualizadas, a la posibilidad de analizar cada caso dentro de sus propias coordenadas espaciales y, temporales, la eliminación de los rasgos esencialistas y etnocéntricos que han sido criticados a los modelos tradicionales de los derechos humanos e incorporar a las minorías, los grupos ajenos al desarrollo económico y otros sectores. La antropología es el marco idóneo para un modelo multifocal que deseché de una vez por todas con una tradición que buena parte del planeta percibe como hegemónica en el pensamiento filosófico, científico y moral. Las disciplinas específicas, como la antropología social, la lingüística, la etnohistoria, la antropología física y la arqueología pueden aportar todas ellas en aspectos fundamentales. El desarrollo de instru-

mentos de medición de la relevancia cultural y de estudios antropológicos que permitan diseñar soluciones justas, de largo plazo y culturalmente coherentes son solamente dos ejemplos de su posible aplicación. Desde el extremo contrario, también podría coadyuvar en la identificación de las prácticas, costumbres y delitos de estado que resultan incompatibles con los principios éticos y morales que definen tanto la antropología como los derechos humanos. En última instancia la antropología puede convertirse en una disciplina imprescindible para el diseño, implementación y evaluación de los sistemas de protección y defensa de los derechos humanos.

VI. Bibliografía

- American Anthropological Association, Committee for Human Rights Guidelines, Aprobadas por el Consejo Ejecutivo de la AAA el 7 de octubre de 1995, consultado en: <http://www.aaanet.org/stmts/humanrts.htm>.
- BOSTIAN, Ida L., "Cultural Relativism in International War Crimes Prosecutions: The International Criminal Tribunal for Rwanda", en *bepress (Berkeley Electronic Press)*, 2005, Paper 656, en: <http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=3173&context=expresso>, consultado en septiembre de 2007.
- BROKMANN HARO, Carlos, "La doctrina del margen de apreciación como instrumento de la protección de los derechos humanos", *Derechos Humanos México*, año 3, núm. 8, México, 2008, pp. 57-87.
- BROKMANN HARO, Carlos, "Relativismo cultural: evolución de un concepto antropológico ante los derechos humanos", *Derechos Humanos México*, año 2, núm. 5, México, 2007, pp. 7-42.
- DAHRE, Ulf Johansson, "The Politics of Human Rights: Indigenous Peoples and the Conflict on Collective Human Rights", *The International Journal of Human Rights*, vol. 12, núm. 1, 2008, pp. 41-52.
- DONNELLY, Jack, "Ethics and International Human Rights", en Jean-Marc Coicaud y Daniel Warner, eds., *Ethics and International Affairs: Extents and Limits*, Tokio / Nueva York, United Nations University Press, 2001, pp. 128-160.
- DONNELLY, Jack, *International Human Rights*, Boulder, Westview Press, 1993. (Dilemmas in World Politics)
- DONNELLY, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Ithaca / Londres, Cornell University Press, 1989.
- ETZIONI, Amitai, "The End of Cross-Cultural Relativism", *Alternatives, Social Transformation and Human Governance*, vol. 22, núm. 2, abril-junio, de 1997, pp. 177-189.

- GEERTZ, Clifford, "Descripción densa: hacia una teoría interpretativa de la cultura", en Clifford Geertz, *La interpretación de las culturas*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 17-40. (Antropología, Serie Cla-De-Ma)
- GEERTZ, Clifford, "Distinguished Lecture: Anti Anti-Relativism", *American Anthropologist*, vol. 86, núm. 2, 1984, pp. 263-277.
- GEERTZ, Clifford, "El impacto del concepto de cultura en el concepto de hombre", en Clifford Geertz, *La interpretación de las culturas*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 43-59. (Antropología, Serie Cla-De-Ma)
- GOODALE, Mark, *Surrendering to Utopia: An Anthropology of Human Rights*, Stanford, Stanford University Press, 2009, en http://books.google.com/books?id=HYteeZ_gET8C&printsec=frontcover&dq=surrendering+to+utopia#v=onepage&q=&f=false, consultado en agosto de 2009.
- HYLLAND ERIKSEN, Thomas y Finn Sivert Nielsen, *A History of Anthropology*, Londres, Pluto Press, 2001. (Culture and Society)
- MERRY, Sally Engle y Mark Goodale, editores, *The Practice of Human Rights: Tracking Law between the Global and the Local*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- SLOANE, Robert D., "Outrelativizing Relativism: A Liberal Defense of the Universality of International Human Rights", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 34, 2001, pp. 527-546.
- STACY, Helen, "Human Rights in a Fragmenting World", conferencia no publicada, 10th Annual Conference on "The Individual vs. the State", Universalism in Law: Human Rights and the Rule of Law, Central European University, Budapest, 14-16 June 2002, en www.ceu.hu/legal/ind_vs_state/Stacy_paper_2002.htm, consultado en agosto de 2007.
- STACY, Helen, "Western Triumphalism: the Crisis of Human Rights in the Global Era", reseña de Anthony J. Langlois, *The Politics of Justice and Human Rights: Southeast Asia and Universalist Theory*, *Macquarie Law Journal*, vol. 2, 2002.

El derecho de los indios americanos en la historia de los derechos humanos

Rigoberto Gerardo Ortiz Treviño*

RESUMEN: Durante el denominado Debate indiano (1493-1573), tanto en el Viejo Mundo como en la América española se generaron conceptos y juicios en torno a la personalidad jurídica de los nativos. El Debate contó con dos trincheras de gran relevancia, desde aquéllos que opinaron *in situ* hasta las especulaciones y sólidos planteamientos a cargo de los escolásticos tardíos, principalmente desde las aulas de Salamanca. Destacaron nombres como el de Bartolomé de las Casas, Domingo de Soto o Francisco de Vitoria, quienes consiguieron del Papa Paulo III una auténtica declaración universal de derechos a través de la bula *Sublimis Deus* de 1537. Estas ideas, en conjunto, permitieron la secularización ius-naturalista que implicaría un salto cualitativo a la modernidad a través de autores como Hugo Grocio y Vázquez de Mechaca. Esto sentará las bases de un ideal orden jurídico universal, que será el sustrato doctrinal de la contemporánea Declaración Universal de los Derechos Humanos.

ABSTRACT: During the so-called Debate of the Indies (Debate Indiano, 1493-1573) a series of concepts and trials arose regarding the legal personality of the aboriginal American Indians, both in the Old World as in Spanish America. This Debate had two main trenches, ranging from those that formulated their opinions *in situ* to the speculations and well-founded arguments by the late scholastics, mainly in the class-rooms of Salamanca. Especially important are names that include Bartolomé de las Casas, Domingo de Soto and Francisco de Vitoria, who managed to obtain from Pope Paulus III what can be considered an authentically universal declaration of rights through the *Sublimis Deus* bull of 1537. These ideas, as a whole, allowed a natural-law secularization through later authors such as Hugo Grotius and Vázquez de Menchaca. This would form the foundations of an ideal universal law based order, which is the doctrinarian basis of the contemporary Universal Declaration of Human Rights.

SUMARIO: I. Precisiones e hipótesis. II. Del ius-naturalismo clásico a la escolástica tardía. III. La escolástica tardía y el debate indiano. IV. El impacto doctrinal en el derecho indiano. V. Conclusiones.

* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

Si bien es cierto que cuando se habla de los derechos humanos, se hace referencia a aquéllos que son inherentes a la persona, sin embargo, hay que admitir que no basta con conocer y enunciar tal elenco. Incluso, sería fútil declararlos solemnemente si no se dan las condiciones de juridicidad indispensables para su vigencia. Como bien decía Paolo Grossi “El derecho es aplicación más que norma”.¹ El reconocimiento y formalización de los derechos esenciales de la persona en el derecho positivo, es indispensable para su protección eficaz. Desde tal perspectiva, es importante precisar que los derechos humanos positivados, son un producto jurídico de la modernidad, especialmente legatarios del ius-naturalismo racionalista. Esto no quiere decir que el ser humano no haya sido valorado jurídicamente como ser digno que es antes del siglo XVIII, sino que la existencia de una serie de derechos desglosados y sistematizados lógicamente en un instrumento positivo con carácter universal es más bien un fenómeno relativamente reciente.

En efecto, el concepto “derechos humanos” se ha desarrollado junto con el surgimiento del moderno Estado de derecho y su causa formal: la constitución. Esto nos obliga a hacer algunas precisiones. En principio, el concepto de constitución al que hacemos referencia, es una invención del siglo XVIII, aunque con tres importantes antecedentes en la Inglaterra del siglo XVII (destacando el *Bill of Rights* de 1689). Será con la Declaración de Virginia de 1776, cuando inicie un proceso evolutivo en torno a la formalización y defensa jurídica de los derechos humanos.

Es evidente que el derecho moderno (el que surge al menos doctrinalmente a partir del siglo XVI) no implicó el descubrimiento de la piedra filosofal en lo jurídico. De hecho se trata, en cierta medida, de una reinvención intelectual tanto del derecho como de la propia organización jurídica. Desde otras perspectivas, bien pudiera decirse que la modernidad intentó (y casi lo consigue) hacer *tabula rasa* con el pasado. Basta recordar cómo en el ideario revolucionario francés del siglo XVIII buscó un nuevo calendario y hasta propuso una nueva religión (la de la naturaleza). Sin embargo la propia modernidad no pudo negar su raigambre occidental y por ende sus fundamentos: el Derecho romano, la Filosofía griega y la Religión judeo-cristiana. El *Code Napoléon* es la gran prueba de ello. No obstante obedecer a una estructura racionalista (Libros clasificados por materias, títulos y artículos que contienen normas jurídicas, es decir juicios hipotéticos vinculantes planteados de manera general y abstracta), las instituciones contenidas en el código, participan principalmente de las antiguas soluciones jurídicas contenidas en Derecho romano, principalmente el clásico.

Toda historia del derecho y más de un fenómeno tan occidental como son los derechos humanos, no puede ignorar sus antecedentes pre-modernos. Sin embar-

¹ Paolo Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, p. 60.

go, es menester advertir que la tarea del ius-hitoriador no se guía bajo una causalidad casi matemática, que ha sido bien expresada por los escolásticos mediante el aforismo *post hoc, propter hoc* (después de eso, a causa de eso). De entrada, la modernidad jurídica sí que implicó una ruptura casi de raíz con el Antiguo Régimen. Y sin embargo a pesar de las evidentes rupturas entre un régimen y otro, hubo también continuidades. En este tenor, Víctor Tau Anzoátegui afirma: "El Derecho indiano no fue en ese largo periodo (1808-1898) sustituido por otro ordenamiento. Derecho indiano y Derecho nacional no se excluyen o repelen, sino se solapan, en el sentido orteguiano".² Desde luego, Tau Anzoátegui se refiere aquí al trasvase y pervivencia de instituciones, particularmente ius-procesales. Sin embargo, el Derecho indiano (entiéndase aquí, de manera provisional, como el ordenamiento mediante el cual se gobernó a la América Española desde finales del siglo XV hasta los umbrales del XIX), también dejó huella en ámbitos meta-legales, como la defensa de valores y principios como la igualdad, la libertad y la dignidad humana. En esto jugó un papel muy destacado la escolástica española tardía (siglos XVI y XVII), ese será el objeto de este breve estudio. Será el siglo XVI el epicentro de la presente reflexión, pues en el tiempo sería amplísimo abarcar aportaciones del siglo XVII (como sería el caso de la amplísima obra de Francisco Suárez), que no obstante su valía y genialidad, son materia suficiente para otro trabajo.

I. Del ius-naturalismo clásico a la escolástica tardía

Bien advirtió Norberto Bobbio que no se puede hablar del derecho natural sin más. De hecho, el profesor de Turín distinguía tres corrientes ius-naturalistas: "El jusnaturalismo [...], afirma la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo. Esta superioridad ha sido sostenida, en grandes líneas, de tres maneras que distinguen tres formas típicas de jusnaturalismo: el escolástico, el racionalista moderno y el hobbesiano".³

La advertencia hecha por Bobbio viene bien, para tener presente que al hablar del ius-naturalismo, habrá que distinguir escuelas, pensadores y consecuencias. En el presente artículo (y que quede claro que es eso, un artículo, no un trabajo de mayor extensión o ambición) se abordará una parcela histórica de un itinerario que concluye con lo que son los derechos humanos. De ahí que en este espacio nos in-

² Víctor Tau Anzoátegui, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano* (XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano), Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997, p. 108.

³ Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1995, p. 70.

teresen dos tendencias, que bien, podrían enunciarse en lenguaje musical como variantes de un mismo tema: El ius-naturalismo clásico y el ius-naturalismo clásico tardío o propio de la escolástica tardía —valga la redundancia— que ve la luz en la Castilla-León de principios del siglo XVI y en la Eventual Monarquía Universal Hispánica. Tomando a Javier Hervada como punto de partida, la doctrina clásica del derecho natural, implica tres hitos: “Aristóteles, los juristas romanos y Tomás de Aquino”.⁴

La filosofía griega, cuyo apogeo se dio en el siglo IV a.C. con los filósofos post-socráticos, ha legado al pensamiento occidental, prácticamente la totalidad de los fundamentos filosófico-políticos. Por motivos de espacio, nos ceñiremos a Aristóteles (384-322 a.C.). Se sabe que el de Estagira estudió las constituciones (como causas formales) de las diversas *polis* (ciudades-estado) de Grecia. De este pensamiento, se han heredado no sólo una serie de términos filosófico-políticos, sino también la axiología y teleología política. La causa final de una polis era la felicidad común de quienes eran sus ciudadanos, y con ello, se podía contar con un parámetro ético para la valoración del poder. Aristóteles concibió al ser humano como un ente políticamente natural (*zoon-politikon*), y de hecho, su felicidad radicaba no sólo en la práctica de virtudes individuales, sino, sobre todo, en la vivencia de las virtudes políticas o sociales. En este filósofo encontraremos la raíz de derechos esenciales (que siglos después denominaremos como humanos): Que la razón del ejercicio del poder público es la felicidad del todo social. Y algo más, el de Estagira nos fundamenta los deberes cívicos, ya que el ser humano debe comprometerse con los deberes políticos. A su vez, en la *Ética nicomaquea*, Aristóteles concibe un orden jurídico natural (es decir, no elaborado por el artificio humano):

En el derecho político, una parte es natural, y la otra es legal. Es natural lo que, en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las diversas opiniones de los hombres; es legal todo lo que, en principio, puede ser indiferentemente de tal modo o del modo contrario, pero que cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto.⁵

Aunque esto sustentará la teoría política occidental clásica, a Aristóteles se le ha reprochado haber sido, quizás con demasía, un hijo de su tiempo. Aceptó la esclavitud llegando a equiparar al esclavo a un apero o instrumento en el seno de la economía familiar, justificó tal institución en la naturaleza humana y además menospreció la capacidad de la mujer. Son pecados comprensibles en el entorno en que

⁴ Javier Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Euns, 1992, p. 488.

⁵ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, V, c 7. Cit. por Javier Hervada, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, Euns, 1996, p. 17.

fueron cometidos, más no justificables como posiciones que realmente interpretasen la naturaleza humana y los derechos de ella emanados.

Será el Derecho romano el que dé un salto cualitativo en cuanto la protección de determinados derechos personales. Roma fue una sociedad exitosa, más de ocho siglos avalan tal afirmación. Pero su derecho contó con una larga evolución. Su apogeo se dio en lo que se conoce como época clásica, es decir, la que tiene clase en virtud de su perfección de estilo. Esta etapa suele situarse por los estudiosos entre el 27 a.C. hasta el 230 de nuestra era. Antes del periodo clásico, se sobreestimaba al derecho propio (el *ius civile*), menospreciando otros ordenamientos jurídicos (*ius gentium*). Dentro de Roma había privilegios jurídicos que favorecían a una minoría de hombres, los *sui iuris*, es decir, aquéllos que tenían la plenitud de su posición socio-jurídica o *status*. Debían pues, reunir los tres *status*: *libertatis* (ser libres), *civitatis* (ser ciudadanos), y *familiaris* (no estar bajo la potestad de nadie, pudiendo actuar jurídicamente de manera plena). Esto último subsistió en la época clásica, empero, con la expansión imperial se incorporaron instituciones jurídicas del *ius gentium*, y con la influencia del pensamiento estoico se consiguió menguar la esclavitud. En consecuencia se reconoció un acto de liberalidad: la posibilidad de “manumitir” es decir, conceder la libertad a un esclavo. En el derecho clásico esto se flexibilizó y algo más, el esclavo dejó de ser considerado como a un objeto, conservando su carácter de hombre. Así lo explicaba Gayo en sus Institutas: “9. *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*”.⁶ La asimilación del *ius gentium* permitió admitir la existencia de un derecho supra positivo. Gayo definía al derecho de gentes como “*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*”.⁷ En razón de la naturaleza de una obra como la presente, no nos extenderemos más en el Derecho romano, basta concretar que aportó una humanización jurídica debido a la influencia del pensamiento estoico, así como la concepción de un *ius gentium* fundado en la común naturaleza humana, preparando el terreno para la existencia de un derecho universal.

Retomando el planteamiento de Norberto Bobbio, el ius-naturalismo clásico desembocó el “jusnaturalismo escolástico”, definido por él como “el conjunto de primeros principios éticos, muy generales, de los cuales el legislador humano debe tomar su inspiración para la formulación de las reglas de derecho positivo”.⁸ Es una noción amplia pero acertada. Recuérdese que la escolástica representa el apogeo de la educación medieval en el seno de la *Universitas*, concebida como una comuni-

⁶ GAI *Institvtionvm Commentarijs Primvs*, p. 9. Traducción y texto latino, en Rafael Domingo Oslé, coord., *Textos de derecho romano*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 39.

⁷ GAI *Institvtionvm Commentarijs Primvs*, op. cit., p. 39.

⁸ Norberto Bobbio, op. cit., 1995, p. 70.

dad entre maestros y discípulos. Para llegar a tal estadio, el trayecto fue largo. En primer lugar, en la historiografía actual es difícil hablar de una Edad media en *strictu sensu*. En realidad, se trató de un periodo de tiempo muy extenso, que la historiografía tradicional sitúa entre el año 476 con la caída de la Roma occidental y el 1453, cuando la Roma oriental (Bizancio) es invadida por los turcos. En general, los historiadores contemporáneos distinguen dos periodos: La Alta Edad Media (476 al 1088) y la Baja Edad Media (1088 al 1453). La fecha de 1088 hace referencia a un hito histórico: el surgimiento del *studium generale* y eventualmente *universitas* medieval en la norteña ciudad italiana de Bolonia. Es contundente la afirmación en el sentido de que la universidad ha sido una institución plenamente civilizadora. Nada más lejos que la oscura Alta Edad Media, en la que los pueblos germánicos que habían ocupado los territorios del otrora gran Imperio romano, comenzaban a asentarse y a formar civilizaciones. Pocos pueblos bárbaros contaron con la serenidad para ello. De ahí que resulte excepcional el caso de Reino Visigodo.

Los visigodos, un pueblo germánico, había logrado una importante asimilación de la cultura latina. Por ello el emperador romano Honorio celebró con el rey Walia el *foedus*, es decir, un acuerdo de carácter militar hacia el 411. La península Ibérica había sido invadida por otros pueblos bárbaros hostiles respecto a Roma, entre otros los Alanos y los Vándalos. Así, ante la realidad de un ejército romano menguado, los visigodos se establecieron como un cerco defensivo al oeste de los Pirineos. Su capacidad los llevó a tomar gran parte de la península, de tal suerte que a la caída de la Roma Occidental pudieron establecer un reino autónomo, cuya capital fue Toledo. En el 586, el cristianismo será la religión oficial luego de la conversión del rey Recaredo. Esto implicará una gran influencia de los obispos visigodos en la actividad política, sobre todo en cuanto a las funciones legislativa y judicial se refiere. De hecho, los Concilios Toledanos ejercerán un papel protagónico en el proceso legislativo. Y lo que para muchos, actualmente, pudiera parecer sorpresivo, en el Reino Visigodo fue algo no sólo natural, sino eficaz. Basta pensar que entre los obispos visigodos más trascendentes, está la figura de Isidoro de Sevilla (560-636), el autor de las Etimologías, obra de gran erudición, así como de una recopilación canónica: La Hispánica. El derecho visigótico hizo, además, grandes aportaciones a la forja de la garantía de audiencia. Esto se concretó en una especie de *Hábeas Corpus* producto del VI Concilio de Toledo, así como mecanismos procesales de protección de los derechos de los inocentes. Sin embargo, el espectro de protección de estas instituciones, fue, como se caracterizó en la Edad Media, de alcances limitados. Se tutelaban los derechos de los integrantes de determinados grupos sociales. En efecto hubo reivindicaciones jurídicas de gran valía y trascendencia, pero que en su contexto histórico se constriñeron a otorgar determinados privilegios de grupo.

En la Baja Edad Media, el documento más relevante fue la inglesa *Charta Magna*, que firmó en 1215 el rey Juan Sin Tierra. La importancia de este texto es enorme, se trata de una limitación del ejercicio del poder real mediante el sometimiento a la legalidad. Pero su ámbito de protección sólo abarcó a los barones y eclesiásticos quienes habían visto sus derechos de propiedad e inviolabilidad domiciliaria vulnerados por actos arbitrarios del desafortunado hermano de Ricardo Corazón de León. A la postre la *Charta Magna* será un elemento integrador de la constitución inglesa, pero sus alcances se vieron ampliados hasta el siglo XVII en el contexto de la Revolución Inglesa.

Aunque menos conocidos, resultan muy interesantes determinados documentos generados durante la convivencia cultural entre los diversos reinos cristianos de la Península Ibérica, población judía y los árabes que desde el 711 habían penetrado por el estrecho de Gibraltar.

En general, para la historia del derecho, las aportaciones intelectuales más trascendentes se dieron con la fundación de la *Universitas*. Se tiene noticia de que la primera formalización jurídica (inspirada en el romano contrato de *societas*), se dio entre el filólogo Irnerio y un grupo de juristas en Bolonia alrededor del siglo XI. Se habían descubierto fragmentos del Digesto de Justiniano (del 533), los cuales llamaron la atención dado que se trataba de una colección jurisprudencial precisamente del Derecho romano clásico:

Los textos de derecho romano recién descubiertos fueron copiados, y empezaron a estudiarse en varias ciudades de Italia y de otros países a finales del siglo XI. Solían reunirse estudiantes y contratar a un maestro, para que se los explicara durante un año; la forma legal adoptada fue la de una sociedad (en derecho romano, *societas*) de profesor y estudiantes. Un profesor en particular, llamado Guarnerio pero conocido históricamente por Irnerio, que empezó enseñando en Bolonia...⁹

Se trata, en suma, del surgimiento de la ciencia jurídica, cuya metodología moderna se dio en pleno 1140 con el Decreto del canonista Graciano. Fue un quehacer riguroso, que sin embargo el soporte en los argumentos de autoridad llegó a un exceso en el siglo XV, conocido como *Mos Italicus*, o manera italiana. A ello reaccionó un movimiento de humanistas en pleno Renacimiento, que en virtud de su auge en Francia, se conoció como el *Mos Gallicus*. Esto preparó el terreno para el surgimiento del ius naturalismo racionalista o moderno del que nos ocuparemos adelante. Lo que es indudable, es la enorme aportación a la cultura jurídica de la *universitas*. La ciencia del bajo medioevo aportó un sinnúmero de principios generales o *regulae iuris* que permitirían la interrelación entre diversos derechos locales. Esto se logró a

⁹ Harold J. Berman, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, FCE, 1996, p. 134.

través de comunes fundamentos, a saber, el derecho romano y el derecho canónico. El producto será el *ius-commune*, es decir, un derecho común entre los reinos cristianos europeos. Esto fortaleció una cultura jurídica más uniforme dentro del continente europeo, sin afectar a los *iura propria* o derechos locales (principalmente los derechos feudales y forales). El *ius-commune*, en síntesis, es un importante precedente de la universalidad jurídica que siglos después, inspirará la competencia de los derechos humanos.

En el Derecho Castellano se logró elaborar en el siglo XIII una impresionante recopilación del *ius-commune*: Las Partidas, inspiradas por el rey Alfonso X “El Sabio”. Eran 7 libros, y en el tercero, se formulan importantes procedimientos (Los amparamientos) de revisión de la legalidad de las sentencias así como la formulación de instituciones jurídicas protectoras de los más débiles.¹⁰

En el terreno doctrinal, la aportación de Santo Tomás de Aquino (1225-1274) es insoslayable. El discípulo de San Alberto Magno, emprendió la ingente tarea de conciliar la fe y la razón, basado en la filosofía de Aristóteles. Su obra máxima es la *Summa Theologica*, en donde encontramos la filosofía jurídica del Aquinate. Destacan por tanto, su Tratado de la Ley (I, Ilae, cuestiones 90 y siguientes) y el Tratado de la Justicia (II, Ilae, cuestiones 57 y siguientes). En el momento presente, la post-modernidad se ha distanciado del pensamiento tomista.¹¹

Pero continuemos con el de Aquino, quien enfocó su ética en el acto humano. Éste será guiado por principios internos (los hábitos buenos o virtudes) y externos “[...] el principio externo que nos mueve al bien es Dios, quien nos dirige con su ley y nos ayuda con su gracia”.¹² Tal será el punto de partida de Santo Tomás al desarro-

¹⁰ Vid. José Luis Soberanes Fernández y Faustino Martínez Martínez, *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2002, pp. 24-73.

¹¹ En defensa de tal pensamiento el profesor de la Universidad de Oxford, Anthony Kenny comenta al respecto: “Probablemente el menosprecio de muchos filósofos profesionales por Tomás de Aquino se debe, más que a otra cosa, a que durante tanto tiempo haya sido considerado el ‘filósofo oficial’ de la Iglesia católica, tanto dentro como fuera de ésta. Acabamos apenas de salir de la época en que eso era cierto. Antes del siglo XIX, la Iglesia respetaba y tenía en altísima estima el pensamiento de Tomás, pero nunca le dio un carácter oficial. Como mucho, hubiera podido decirse que era el filósofo oficial de la orden dominicana. Sólo a finales de ese mismo siglo, el papa León XIII escribió una encíclica asignando un puesto privilegiado a la doctrina filosófica y teológica del Aquinate en la enseñanza de los seminarios y las universidades católicas. Desde el Concilio Vaticano II, el influjo de santo Tomás en las instituciones católicas ha disminuido notablemente. Sus textos han sido reemplazados por los de muchos otros filósofos, no siempre de tan gran envergadura. En cambio, su reputación crece cada vez más en los ambientes no católicos, quizá porque nadie lo ve ya como el portavoz de un ‘partido’. En muchas partes del mundo, se percibe un creciente interés por su obra entre los no católicos y aun entre muchos no cristianos a quienes impresiona su portentoso genio filosófico”. Anthony Kenny, *Tomás de Aquino y la mente*, Barcelona, Herder, 2000, p. 24.

¹² S. Th., I, II, q. 90. (Aquí nos referimos la *Suma de teología* de Tomás de Aquino, cuya abreviatura más usual es S. T.; se ha empleado la edición de la Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1994.)

llar el Tratado de la Ley: "El orden a través del cual dirige Dios a todos los seres hacia Él, tiene su base en la ley, que partiendo de la *lex aeterna*, pasa por la *lex naturalis*, para descender a la *lex humana*, formando así una escala jerárquica".¹³ A diferencia del más destacado pensador de la Patrística latina, San Agustín de Hipona (354-430), el Aquinate sitúa la Ley Eterna en la Sabiduría Divina. En consecuencia aquella es definida como "la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y mociones de la creatura".¹⁴ Por ende, la Ley Natural es "la participación de la ley eterna en la creatura racional".¹⁵ Como puede verse, para Santo Tomás, la razón es la causa material de la ley, toda vez que "el mandar pertenece a la razón [...] La ley es una cierta regla y medida de los actos en cuanto alguien se mueve por ella a actuar, o por ella se abstiene de una acción; pues la ley viene de ligar por que obliga a actuar. Mas la regla y medida de los actos humanos es la razón..."¹⁶ Destaca la teleología de la ley en el pensamiento tomista, ya que esto será el referencial ético de la ley humana o positiva. Así las cosas, el fin último de la ley es el bien común:

Como hemos dicho ya, la ley se encuentra entre los principios de los actos humanos, así también en la misma razón hay algo que es principio respecto de los demás. Y por consiguiente la ley más conveniente se encuentra entre estos principios de un modo eminente. El primero de dichos principios en el orden de las operaciones que pertenecen a la razón práctica, es el fin último. Y el fin último de la vida humana es la felicidad o gozo, como se ha dicho antes. Luego es necesario que la ley ante todo se dirija al orden de la felicidad. Además, como toda parte se ordena a la totalidad, como lo más imperfecto se ordena a lo perfecto, así como un hombre es parte de una sociedad perfecta, es necesario que la ley propiamente se dirija a la felicidad común. [...] De ahí se sigue que, dirigiéndose la ley al bien común, todo otro precepto sobre actos particulares no tienen razón de ley si no se ordena el bien común. Y por consiguiente toda ley se ordena al bien común.¹⁷

El Tratado de la Justicia tomista, merece un lugar especial en la historia del pensamiento jurídico. Basado en el Derecho Romano, Santo Tomás considera que la justicia radica en la voluntad y se refiere a las relaciones con otras personas:

Lo primero de la justicia, dentro de las demás virtudes, es ordenar al hombre en las cosas que están en relación con el otro. Implica, en efecto, cierta igualdad, como su propio nombre manifiesta. Vulgarmente se dice que las cosas que igualan se

¹³ Alfred Verdross, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, México, UNAM, 1986, p. 122.

¹⁴ S. Th., I, II, 93, a 1.

¹⁵ S. Th., I, II, q. 91, a 2.

¹⁶ S. Th., I, II, q. 90, a 1.

¹⁷ S. Th., I, II, q. 90, a 2. Santo Tomás define a la ley de manera general de la siguiente forma: "puede ya colegirse la definición de ley, que no es otra cosa sino cierta ordenación al bien común promulgada por aquel que tiene a su cargo una comunidad". S. Th., I, II, q. 90, a 4.

ajustan. Ahora bien: la igualdad se establece en relación a otro. Pero las demás virtudes perfeccionan al hombre solamente en aquellas cosas que le convienen a él mismo.¹⁸

El objeto de la justicia es lo que pertenece a otro, es decir, el derecho o justo concreto: “se llama justo a algo, es decir, con la nota de la rectitud de la justicia, al término de un acto de justicia, a diferencia de las demás virtudes, es el objeto científico que se llama lo justo. Ciertamente, esto es el derecho. Luego es manifiesto que el derecho es el objeto de justicia”.¹⁹ Ambos tratados serán retomados en el siglo XVI, sentando las bases teóricas del *ius gentium* moderno, es decir, el terreno de un derecho con carácter universal.

III. La escolástica tardía y el debate indiano

No obstante que el holandés Hugo Grocio (1583-1645), publicó en 1625 el *De iuri belli ac pacis* (indudablemente una obra maestra), los verdaderos precursores del Derecho de Gentes Moderno y de la concepción de derechos universales, fueron un grupo de profesores, cuya sede principal se instituyó en la Universidad de Salamanca. Se les conoce como los Teólogos-Juristas, y constituyeron una pléyade en la ciencia jurídica de los siglos XVI y XVII. No con mucho acierto, también se les sitúa como “escolásticos tardíos”, pues no obstante el giro copernicano que intelectualmente se daba en el resto del continente europeo, estos pensadores partían de las premisas tomistas, aunque también en algunos casos nominalistas, con el propósito de resolver los problemas ante ellos presentados. En consecuencia, no fueron simples ruminantes de Santo Tomás de Aquino, sino que colocaron los eslabones faltantes a las ideas planteadas por el Aquinate tanto en los Tratados de la Ley²⁰ como el de la Justicia,²¹ en el seno de la Suma Teológica. Como bien lo explica Joaquín Abellán:

La escolástica católica de los siglos XVI y XVII, básicamente española, logró, en su lucha contra la doctrina protestante, una elevada significación para la filosofía política y para la doctrina del Derecho natural. Los escolásticos católicos elaboraron una filosofía jurídica que pudiera dar respuesta a los problemas teóricos surgidos por la conquista y la colonización de América. Por otra parte, analizaron los problemas de la delimitación de una nación católica propia respecto a las pretensiones de poder del Papa. La doctrina elaborada sobre estos dos conjuntos de problemas alcanzaría

¹⁸ S. Th. II, II, q. 57, a 1.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ *Vid.* S. Th. I, II, q. 90 y ss.

²¹ *Vid.* S. Th. II, II, q. 57 y ss.

una profunda significación para el ulterior desarrollo del Derecho natural cristiano y para el Derecho internacional de la Edad Moderna.²²

Efectivamente, estos autores, a pesar de su íntimo vínculo con una fe determinada, supieron distinguir los objetos formales de la ciencia jurídica respecto de la teológica. Todavía más: no obstante su filiación con la filosofía escolástica, rompen con determinadas tradiciones culturales medievales como el tratamiento jurídico al infiel; el sentido o conciencia del imperio romano como un gobierno universal; la supremacía pontificia o la esclavitud natural, entre otros. En realidad, la esencia de la concepción del *ius gentium* romano,²³ poco había evolucionado durante el surgimiento de la *universitas* medieval y la grandiosa expresión del *ius-commune*.

El célebre Francisco de Vitoria²⁴ (1483-1546) es considerado como fundador de esta escuela: “estudió en París con el holandés Pierre Croackaert, que había sustituido en la enseñanza universitaria las *Sentencias* de Pedro Lombardo con la *Summa theologiae* de Santo Tomás, contribuyendo así al renacimiento de la filosofía tomista”.²⁵ Abundando, José Ignacio Saranyana describe el entorno:

La Universidad de Salamanca, fundada en 1243 por Fernando III el Santo, Rey de Castilla y León, constituye una de las cuatro grandes Universidades del Orbe —junto con París, Bolonia y Oxford— citadas expresamente por el Concilio I de Lyon, de

²² Joaquín Abellán, “El vínculo entre tradición y mundo moderno. Las teorías políticas de derecho natural: 1600-1750”, en *Historia de la teoría política*, t. 2, Fernando Vallespín, ed., Madrid, Alianza Editorial 1999, p. 28.

²³ De Vitoria se basó en Gayo para interpretar el *ius gentium*, específicamente el pasaje correspondiente al párrafo primero del primer comentario: “Todos los pueblos, los cuales están regidos por leyes y por costumbres, siguen en parte un derecho que les es propio, en parte un derecho que es común a todos los hombres. En efecto, el derecho que cada pueblo se ha dado ha si mismo le es propio y se llama derecho civil (*ius civile*), es decir el derecho propio de la ciudad (*civitas*), mientras que aquel derecho de la razón natural (*naturales ratio*) establece entre todos los hombres y es observado por igual por todos los pueblos es llamado derecho de gentes (*ius gentium*), es decir el derecho usado por todas las naciones (*omnes gentes*). Es por eso que el pueblo Romano está regido en parte por su propio derecho y en parte por un derecho común a todos los hombres. La discriminación entre estos dos derechos la señalaremos oportunamente en su lugar” (Gayo, *Institutas*, texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, p. 12). Respecto de la transformación conceptual del *ius gentium*, opina Gómez Robledo: “El texto más popular, el más socorrido y el que sobre todo procura desvirtuar Nussbaum, es la sustitución, en el conocido texto de Gayo, de *homines* por gentes, con lo que la definición que en adelante habría que dar del derecho de gentes, sería según Vitoria, la siguiente: *Quod naturales ratio Inter. Omnes gentes constituit, vocatur ius gentium*”. Antonio Gómez Robledo, *Fundadores del derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, pp. 12-13.

²⁴ Hay que considerar la influencia ejercida en Francisco de Vitoria por Francisco Silvestre de Ferrara (1474-1528) y Tomás de Vio, Cardenal Cayetano (1469-1534). Ambos habían retomado los estudios de las obras tomistas, luego de que éstas pasaran por un periodo oscuro, provocado en parte por el auge nominalista.

²⁵ Alfred Verdross, *op. cit.*, p. 147.

1245. Pasó por mejores y peores momentos, hasta que alcanzó su gran esplendor en pleno siglo XVI, por obra de una serie de maestros, entre los que destaca Francisco de Vitoria, que enseñó en ella, con gran fortuna, entre 1526 y 1546.²⁶

De Vitoria trasciende en la Historia al dismantelar los títulos del dominio peninsular en las Indias Occidentales, argumentados por algunas de las más importantes mentes de la Monarquía Hispánica. Esto se dio en el contexto de las llamadas *Relectio de Indis*:

[...] No era la primera vez que se refería a temas de actualidad, pues acostumbraba dar periódicamente relecciones o conferencias solemnes –a alguna de las cuales acudió el mismo emperador– sobre materias de interés como la nulidad del matrimonio de Enrique VIII con Catalina de Aragón, brujerías, homicidio, simonía, etcétera. A los indios dedicó dos relecciones, una de 18 de enero de 1539, *Relectio prior de Indis recenter inventis* y otra, de 18 de junio de 1539, *De iure belli*. La aportación de Vitoria, además de ser muy original, se basa en el derecho natural, que utiliza tanto en lo favorable como desfavorable para los indios. Además, su contribución da los primeros fundamentos del derecho internacional público...²⁷

Esta última afirmación de Antonio Dougnac Rodríguez ha sido objeto de duras polémicas. Empero es acertada, como así lo sostiene José Antonio Pastor Ridruejo: “En el siglo XVI, justamente en los albores de la sociedad internacional moderna, los autores de la Escuela Española de Derecho Internacional, que son los auténticos fundadores de nuestra ciencia, hicieron una espléndida construcción sobre la guerra justa (*iustum bellum*), que era la que contaba con una causa justa”²⁸

La construcción intelectual más importante de Francisco De Vitoria, fue la conciencia de un derecho de gentes que trascendiera a la cristiandad. Es decir, un derecho internacional secular. El punto de partida era la aceptación de una común naturaleza entre todos los hombres, sin importar sus diferencias culturales, religiosas o sociales. Es decir, existe una comunidad internacional fundada en el derecho natural. En consecuencia, el infiel también era considerado, con realismo, capaz para organizarse política y libremente. Pues a diferencia de lo que otros contemporáneos pensaban, como Martín Lutero, la naturaleza humana no había sido corrompida fatalmente por el pecado original. De Vitoria, siguiendo al Aquinate, concebía una na-

²⁶ José Ignacio Saranyana, *Historia de la filosofía medieval*, Pamplona, Eunsá, 1989, p. 334.

²⁷ Antonio Dougnac Rodríguez, *Manual de historia del derecho indiano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994, p. 41.

²⁸ José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 645.

turalidad, si bien lesionada, aún capaz de conocer la verdad y querer el bien.²⁹ Así las cosas el *ius gentium*, limitado a los confines de la cristiandad, se ha transformado en un derecho internacional en su sentido *lato*. No ha sido despojado de su fundamento ius-naturalista, empero, irá tendiendo a secularizarse gradualmente (sobre todo con Vázquez de Menchaca). En suma, este *ius-gentium* ya tendrá una entidad propia con Francisco de Vitoria, logrará su cúspide filosófica con Francisco Suárez y su expresión literaria con Hugo Grocio: "De esta manera, la idea romana y medieval de una *Respublica Cristiana* es sustituida por la idea de una comunidad universal, una *societas gentium* ligada entre sí por lazos del derecho natural".³⁰

Como siempre ha sucedido en la historia del pensamiento, las ideas no se han gestado de manera espontánea. De Vitoria, y su consiguiente escuela, no surgieron *ex nihilo*.³¹ La Monarquía Hispánica se había hecho un cuestionamiento sobre la legitimidad de su presencia en el Nuevo Mundo. Esto fue la famosa Polémica de los Justos Títulos,³² cuyo clímax, según muchos autores, se da durante el debate de Valladolid en 1550³³ entre Bartolomé De las Casas y un humanista que en contraste era poco moderno, Juan Ginés de Sepúlveda. Aunque, conviene precisarlo, ninguno de los dos protagonistas mencionados, participaban del método de los escolásticos salmantinos.

Bartolomé de Las Casas, no obstante ser miembro de la Orden de Predicadores, no era un riguroso pensador, sino un apasionado polemista. Sepúlveda es un humanista típico de su tiempo, incluso apreciado por Erasmo de Rotterdam, y sin embargo, voluble, sujeto a los intereses del momento.³⁴ Ni de Las Casas, ni Sepúlveda se

²⁹ "[...] *gratia ordinem naturae non mutat, sed perficit*", Tomás de Aquino, *Comentarios a las sentencias de Pedro Lombardo*, III, *distinctio* 29, Pamplona, Eunsu, 2002, pp. 1-7.

³⁰ Vid. Luis Weckman, *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional*, México, FCE, 1993, pp. 283-284.

³¹ Véase la opinión de Clemente Fernández: "Especial atención han merecido los autores que, viendo los problemas de su tiempo, particularmente los planteados por el descubrimiento del Nuevo Mundo, elaboraron una teoría del derecho político y del de gentes o internacional de decisivo influjo en toda la filosofía del derecho posterior (Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Suárez, Molina)". Clemente Fernández, *Los filósofos escolásticos de los siglos XVI y XVII, selección de textos*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1986, p. XI.

³² Vid. Antonio De la Hera, "El dominio español en Indias", en V.V. A.A., *Historia del derecho indiano*, Madrid, Mapfre-América, 1992, pp. 109-166.

³³ Vid. Jean Dumont, *El amanecer de los derechos del hombre, la controversia de Valladolid*, Madrid, Encuentro, 1997.

³⁴ Refiriéndose a Sepúlveda, Silvio Zavala explica: "No nos hallamos ante otro fraile o jurista que interprete al Filósofo (Aristóteles) dentro de la Escuela. Ya sabemos que Sepúlveda era autor de una versión latina muy celebrada de la Política. Su conocimiento ideológico de Aristóteles era directo y lo había iniciado en Italia en la escuela de Pedro Pomponazzi". Lo cual nos dibuja el perfil típicamente humanista del cordobés. Silvio Zavala, *Servidumbre natural y libertad cristiana, según los tratadistas españoles de los siglos XVI y XVII*, México, Porrúa, 1975, p. 43. Sin embargo, el mismo Zavala reconoce que tras la publicación del

hubieran enfrentado, de no darse el cuestionamiento, en diciembre de 1511, por parte de otro dominico, Fray Antonio de Montesinos en la Isla de la Española. Si bien, este clérigo no cuestionaba la presencia castellana en Ultramar, sí denunciaba el trato de algunos peninsulares sobre los nativos. Al año siguiente, Fernando el Católico convocó a la famosa Junta de Burgos, que generaría un importante itinerario legislativo:

La vigencia en Indias del derecho común europeo y castellano, o de sus viejos principios que vienen inspirando la nueva legislación que se dicta para aquellas tierras, tropieza a partir de la Junta de Burgos, y especialmente hacia los años 30, con la oposición de otro sistema jurídico. Frente al derecho de raigambre medieval se considera carentes de capacidad jurídica y de todo derecho a los infieles salvajes, los dominicos oponen el derecho natural, conforme lo había enunciado Santo Tomás, que concede a todo hombre, aunque sea infiel y salvaje como los indios, la plena capacidad y los mismos derechos que al cristiano civilizado.³⁵

Grosso modo, eso es lo que se conoce como Derecho Indiano y el pensamiento de los teólogos-juristas causaría impronta en tal normatividad. El mayor mérito, para la historia que nos ocupa, es que el Derecho indiano implicó el reconocimiento de la personalidad jurídica del indio (no obstante ser pagano), y por ende de todo ser humano, prefigurando un derecho con carácter universal.

¿A quién o quienes se puede atribuir tal mérito? Bartolomé Clavero, no considera que lo haya sido su homónimo y también sevillano, el Padre de Las Casas:

Las Casas no puede decirse que fuera un buen jurista. Pese al propio empeño, nombre y obra no lograron entrada en el circuito de autoridad social cuyo primer requisito lo constituía por entonces el doctorado, del que Las Casas carecía. Tampoco fue nunca formalmente consejero de la monarquía. Su ciencia jurídica, igual que la teológica, era tardía, atropellada, torpe y de acarreo.³⁶

De Vitoria dictará su famosa *Relectio* hasta enero de 1539, dos años después de un importantísimo texto que no se puede soslayar: La Bula *Sublimis Deus* de Paulo III (de ella hablaremos adelante). Es el hermano de religión (y compañero en el con-

Demócratas Alter (1547), Sepúlveda recibió en 1554 del Cabildo de México "joyas y aforros hasta el valor de doscientos pesos de oro de minas", como "premio por los ataques a Las Casas y para animarlo en el futuro". Silvio Zavala, *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, 3a. ed. revisada y aumentada, México, Porrúa, 1988, p. 277.

³⁵ Alfonso García Gallo, "Génesis y desarrollo del derecho indiano", en V.V. A.A., *Recopilación de las leyes de los reynos de las Indias, Estudios histórico-jurídicos*, coord. de Francisco de Icaza Dufour, México, Miguel Ángel Porrúa Editor, 1987, p. XII.

³⁶ Bartolomé Clavero, *Genocidio y justicia. La destrucción de las Indias, ayer y hoy*, Madrid, Marcial Pons Historia Estudios, 2002, p. 50.

vento de San Esteban) Domingo de Soto el gran constructor del reconocimiento jurídico de la personalidad del indio. Formado en las coordenadas de los derechos romano y canónico y con agudo rigor teológico y filosófico, argumentará Soto. Silvio Zavala señala: "Menos llamativa que otras grandes personalidades del siglo XVI español, la de fray Domingo de Soto es, sin embargo, digna de atención particular, no sólo por el papel que le correspondió desempeñar en la controversia entre Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de Las Casas, sino también por los méritos propios".³⁷

Incluso, Zavala trae a cuento un importante dato: Desde Lovania, el 31 de mayo de 1539, Carlos V le había pedido fuese a la Nueva España. Lo sabemos, no hizo el viaje, empero, esto nos habla del prestigio ganado con la *relectio De Dominio*. Soto llega al Debate indiano con juventud y amplitud de miras. Desde esta última perspectiva es un fiel seguidor del itinerario intelectual de su maestro Vitoria. Tanto el burgalés como Soto, pasaron por la Universidad de París, y ahí fueron eslabones entre las lecciones de Juan de Celaya y Juan Mair. Al respecto Domingo Ramos-Lissón nos narra el trayecto formativo del segoviano:

Después de cursar las primeras letras en su ciudad natal (Segovia) marchó a Alcalá de Henares. Y en la Universidad Complutense empieza sus estudios de Artes en el curso 1513-14, y todos sus biógrafos, a partir de Álvaro Gómez de Castro, le hacen discípulo del maestro Tomás de Villanueva; graduándose bachiller en febrero o marzo de 1516. No resulta precisa la fecha de su ida a París, ni tampoco hay muchos datos sobre su estancia en esa ciudad. Fue colegial de S. Bárbara en la capital francesa, y oyó las lecciones del español Juan de Celaya. Allí estudió dos años de teología, frecuentando las clases del nominalista Juan Mair. Probablemente conocería allí a Francisco de Vitoria. Y en París hay que situar el tránsito, sin estridencias, del nominalismo al tomismo, confesado por el mismo Soto.³⁸

En 1524, Soto recibió el orden sacerdotal. Tras escuchar el consejo de un monje del monasterio catalán de Montserrat, profesa en la Orden de Predicadores. Así, cambia su nombre de pila que era —curiosamente— Francisco, por el de Domingo, todo esto sucedía en el verano de 1525. Pasó por el convento de Burgos, de nuevo, sigue los pasos de Vitoria. En 1526 su vida dará un vuelco, habrá llegado a San Esteban:

En cualquier caso Domingo de Soto llega a San Esteban en octubre o noviembre de 1525, donde ya permanecería hasta el final de su vida, con diversos viajes y salidas, algunas más bien largas. Allí coincide felizmente con Vitoria, que por entonces gana brillantemente la cátedra de *Prima* de la Facultad de Teología...

³⁷ Silvio Zavala, *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, México, Porrúa, 1988, p. 316.

³⁸ Domingo Ramos-Lissón, *La ley según Domingo de Soto*, Pamplona, Euns, 1976, pp. 17-18.

Sucede un periodo de profundización en su formación teológica y de estudio intenso (1526-32). Explica la *Suma* y el IV de las Sentencias (de Pedro Lombardo) en San Esteban y suple algunas veces a Vitoria en su cátedra de *Prima*, cuando éste cayó enfermo (curso 31-32), explicando la *Prima Pars* de la *Suma*, ocasión propicia para darse a conocer al exigente público universitario.³⁹

Además de ganar en prestigio, era ya un tomista de gran solidez, empero, sin desligarse de elementos nominalistas. Su trayectoria lo llevó a la cátedra de Vísperas:

Al fallecer Bernardino Vázquez de Oropesa, dejó vacante la cátedra de Vísperas al comienzo del curso 1532-33. Se presentó a ella en unión con otro candidato. Hace su ejercicio el 21 de diciembre y al día siguiente le dan la cátedra en propiedad, aunque tuvo fuerte oposición de su contrincante. [...] Durante dieciséis años ocuparía Soto su cátedra, hasta el 4 de marzo de 1549.⁴⁰

Desde tal cátedra, Soto leerá la *De Dominio*. Zavala sitúa a la *De Dominio* en 1534. No obstante que hay posiciones que sitúan la *relectio* en 1535, y que no tiene caso traerlas aquí, de ninguna manera desmerece la precisa síntesis de Zavala de la reelección que nos ocupa:

En su relación *De Dominio* (1534), Soto niega que el papa tenga dominio temporal directo sobre todo el mundo. Rechaza igualmente que el emperador sea señor del orbe. Afirma el derecho de predicar el Evangelio en todas las tierras (Marcos, 16) y, como consecuencia, “el derecho de defendernos de todos aquellos que pusieran estorbos a nuestra predicación” (defensa que puede adoptarse a expensas de los infieles); “pero pasar de este límite y entrar en posesión de lo que les pertenece, o someterlos a nuestro imperio, no veo de dónde pueda venirnos semejante derecho”.⁴¹

La síntesis de Zavala enfatiza un aspecto de la doctrina de Soto: La valoración del poder pontificio como algo espiritual y no temporal, en consecuencia, las donaciones territoriales contenidas en las bulas alejandrinas de 1493 no podían ser invocadas como justos títulos de la penetración castellana en Indias. Soto no compartía la tesis de Enrique de Susa. En todo caso, Soto se decantaría por la defensa del mandato apostólico que dictó el Papa Borgia.⁴² Como se ha visto, tímidamente, Zavala

³⁹ Juan Belda Plans, *La Escuela de Salamanca y la renovación de la teología en el siglo XVI*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2000, 402.

⁴⁰ Domingo Ramos-Lissón, *op. cit.*, p. 21.

⁴¹ Silvio Zavala, *op. cit.*, p. 316.

⁴² Para ilustrar lo anterior, véase el siguiente pasaje de la bula *Inter Caetera* del 3 de mayo de 1493: [...] *Y allende de esto, os mandamos, en virtud de santa obediencia, que así como también lo prometéis, y no dudamos por vuestra grandísima devoción y magnanimidad real que lo dejaréis hacer, procuréis enviar a las*

cita una frase de la *De Dominio* en la que Soto niega la viabilidad jurídica de apropiarse de los bienes de los naturales, así como de someterlos a otro gobierno. Soto se ha desvinculado del espíritu Bajo Medieval que subyacía en la Junta de Burgos.

La ruptura tiene como punto de partida una concepción más optimista de la naturaleza humana que la que manejó el ya referido Juan Wycliffe (1324-1384), quien consideraba que un ser humano carente de la gracia sacramental (un infiel, un no bautizado o carente de la filiación divina) no era capaz de ejercer el dominio sobre sí o sobre las cosas. Esto ya se ha visto, y es coherente con la tesis tomista. La *Relectio de Dominio* parte de tal premisa. Trasladándonos a la metodología seguida por el segoviano, es de notar su impecable lógica. Desde luego, subsiste la analogía. En este sentido, el primer analogado será entonces el término *dominio*. No es el caso abordar el dominio a la luz de la fe, o en el plano sobrenatural, sino el dominio meramente humano o natural. Aquí está la clave de la relección en comento: los analogados *dominium rerum* y *dominium iurisdictionis*. Es decir, el dominio sobre las cosas y la potestad política. Respecto del *dominium rerum*, el fundamento doctrinal es en parte tomista y en parte romanista clásico y o por ende, estoico. Respecto de la segunda influencia, la terminología empleada resulta muy precisa. Así se afirma que al tratar del primer analogado, lo entiende en el sentido de propiedad de la cosa: *Dominium pro proprietate alicuius rei*, usando como sinónimos expresiones como *dominium rerum inferiorum* y *proprietas rerum* [...]. Siguiendo a Gayo, Soto admite la adquisición de la propiedad (*dominium*) por razón natural. El clásico maestro de provincia precisa en el comentario segundo de sus Institutas: “[...] *Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando ideo adepti erimus, quia antea nullius essent, qualia sunt omnia, quae terra mari caelo capiuntur...*”⁴³ En cuanto los fundamentos tomistas, Soto ha estudiado la cuestión 57, artículo tercero, de la *Secunda Secundae* de la Suma de Teología. En este artículo, el Aquinate se cuestiona si el derecho natural difiere al de gentes.⁴⁴ Tomás distinguió el *ius gentium* del natural, aclarando el equívoco legado por el Derecho

dichas tierras firmes e islas hombres buenos, temerosos de Dios, doctos sabios y expertos, para que se instruyan a los susodichos naturales y moradores de la fe católica, y les enseñen buenas costumbres, poniendo en ello toda la diligencia que convenga. Primera bula *Inter Caetera* de Alejandro VI, 3 de mayo de 1493. Cit. por Antonio Dougnac, *op. cit.*, pp. 28-29.

⁴³ “Adquirimos por razón natural, no sólo las cosas que recibimos por tradición o entrega, sino también las que tomamos por ocupación, porque estaban sin dueño, como es todo lo que se caza en la tierra o en el aire y lo que se pesca en el mar.” *GAI INSTITVTIONVM COMMENTARIVS SECVNDVS*, párrafo 66. Traducción y texto latino en Rafael Domingo Oslé, coord., *op. cit.*, p. 93. La *regulae iuris* respectiva dice: *Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*, D. 41, 1, 3 pr. *GAIUS*. Los fragmentos del Digesto han sido tomados de C. G. Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*, Tübingen, 1909.

⁴⁴ Cf. Th. IIa-IIae q. 57 a. 3 co. Edición bilingüe de la *Suma teológica* de Santo Tomás de Aquino, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1958.

romano. Al respecto, merece la pena echar un vistazo al siguiente párrafo de las *Institutas gayanas*:

[...] *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.* [...] ⁴⁵

Los conceptos de *ius gentium* y *ius naturalis* de Gayo implican un equívoco que difieren de los que han sido recopilados en el Digesto y que son atribuidos a Ulpiano:

*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quodque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer.*⁴⁶

Así, el *ius gentium*, es de acuerdo al criterio del Jurista (es decir, Ulpiano), derecho positivo, toda vez que es convenido por los hombres de diversas naciones:

*Manumissiones quoque iuris gentium sunt. est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. quae res a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi.*⁴⁷

El Doctor Angélico seguirá —en parte— a Ulpiano. Se trata de un criterio que nos hace concluir que lo que Gayo consideró *ius gentium*, en realidad se trataba del

⁴⁵ "Todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres usan en parte su propio derecho y en parte el derecho común de todos los hombres; pues el derecho de cada pueblo establece para sí, ese es suyo propio, y se llama derecho civil, como si dijéramos derecho propio de la ciudad; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, ése se observa uniformemente entre todos los pueblos y se llama derecho de gentes, como si dijéramos el derecho que usan todas las naciones". GAI INSTITUTIONVM COMMENTARIS PRIMVS, párrafo 1. Traducción y texto latino en Rafael Domingo Oslé, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁶ Dig. 1.1.1.3; *Ulpianus 1 inst.* Los fragmentos del Digesto han sido tomados de C. G. Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*, Tübingen, 1909.

⁴⁷ Dig. 1.1.4; *Ulpianus 1 inst.* Los fragmentos del Digesto han sido tomados de C. G. Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*, Tübingen, 1909.

derecho natural. Esto toma relevancia en el discurso de Soto para demostrar que el *dominium rerum* no puede suprimirse sin más, so pretexto de un *ius gentium* que en su contexto —como derecho positivo que es—, pudiera pretender invocar derechos de conquistador, como sería el apropiarse de los bienes del derrotado. Este último planteamiento, fue defendido por Juan Ginés Sepúlveda en 1547 con su diálogo *Demócrates Alter*. Por otro lado, Soto se ha basado en la cuestión 66 del mismo tratado tomista (*De iustitia*). La cuestión respectiva se intitula “De los pecados opuestos a la justicia que pueden cometerse sobre los objetos. Y en primer lugar del hurto y la rapiña”.⁴⁸ Sin embargo, es el artículo primero el que dará el argumento central a la tesis de Soto. En aquél, Tomás se aproxima al dominio natural del ser humano. Tal derecho real se adquiere en virtud del uso de las cosas, un *usus* que debe ser libre y razonablemente útil.⁴⁹ En consecuencia, el Doctor Angélico hace dos cuestionamientos en los artículos siguientes: Si es lícito al hombre poseer alguna cosa como propia y cuál es la naturaleza del hurto.⁵⁰ En el primer caso, Tomás defiende la licitud de la posesión individual en razón de la capacidad de procurar y administrar correctamente —de acuerdo a su utilidad— un bien. De ahí que el hurto sea considerado un acto contrario a la justicia, aunque debe advertirse que para el Aquinate el derecho a la propiedad privada no es absoluto.⁵¹ Nada más lejos del *ius abutendi* napoleónico. La propiedad —el dominio— está condicionado por la necesidad común. Tomás será un precursor del concepto de propiedad privada como un derecho secundario. Hasta aquí, el eje del argumento de Soto puede resumirse de la siguiente manera: Todo ser humano tiene capacidad racional para usar, poseer, disfrutar y apropiarse de las cosas, independientemente de su condición religiosa. Al afirmar que todo ser humano tiene tal capacidad, Soto es un defensor de la universal naturaleza humana.

Respecto del *dominium iurisdictionis* y la *potestas iurisdictionis*, Soto opinó de una manera que en su día consideraríamos políticamente incorrecta. Además de descalificar la tesis de Enrique de Susa respecto del poder temporal del Romano Pontífice, se opuso a la doctrina que sostenía el señorío universal del Emperador. La conclusión de Soto es contundente: El Emperador no posee el título de señor del orbe, ni por el derecho natural, ni el de gentes, ni mucho menos —descartada la postura del Ostiense— por el derecho divino. En efecto, esta *Relectio* será de capital influencia en la *De Indis* vitoriana de 1539. El influjo es notorio en el apartado intitulado “Los Indios son Señores de sus Bienes y de sus Pueblos” y en el desglose de los

⁴⁸ Cf. S. Th. IIa-IIae q. 66 pr.

⁴⁹ S. Th. IIa-IIae q. 66 a. 1 co.

⁵⁰ S. Th. IIa-IIae q. 66 a. 2 co.

⁵¹ S. Th. IIa-IIae q. 66 a. 3 co.

"Títulos ilegítimos de la Ocupación de las Indias por los Españoles". Vitoria descalificó tanto la postura del Ostiense para sustentar la donación pontificia, como el supuesto señorío universal del Emperador. Por consiguiente, el burgalés siguió a Soto tanto en la defensa antropológica de los indios americanos como en la condena de supuestos títulos de dominio político, invocados por la doctrina imperante hasta ese momento.

Ahora bien, ¿La *Relectio De Dominio* tuvo repercusiones en el seno del Gran Debate? Consideramos que impactó en el Papa Paulo III y la importantísima bula *Sublimis Deus* del 9 de junio de 1537. Es un criterio común que se atribuya al primer obispo en suelo mexicano, Fray Julián Garcés, el influjo en Paulo III para la redacción de la bula *Sublimis Deus*.⁵² En efecto, Garcés redactó una sensible carta al papa Farnesio en la que describía principalmente, la capacidad de los niños indígenas para asimilar el catecismo.⁵³ Esto implicaba una defensa antropológica, aunque más fundada en los hechos empíricamente observados, que en la especulación metafísica. La mencionada carta logró superar los obstáculos del Real Patronato, y los buenos oficios de Fray Bernardino de Minaya permitieron que el texto llegase a las manos del Romano Pontífice.⁵⁴

Pero la bula, cuyo texto es naturalmente sintético, cala más hondo en el terreno antropológico y por ende jurídico. Farnesio nos recuerda a Beckett, quien una vez en su sede empuñó la espada espiritual con un gran celo. Si bien Paulo III no desde-

⁵² Vid. José María Iraburu, *Hechos de los apóstoles en América*, Pamplona, Fundación GRATIS DATE, 1992, p. 184.

⁵³ "Véase el siguiente fragmento: "No habrá pereza, Santísimo Padre, para declarar a Vuestra Santidad lo que tengo entendido acerca del tierno rebaño que de pocos días a esta parte se incorporó en el de la Iglesia, para que el espíritu de Vuestra Santidad se pueda regocijar en Dios nuestra salud. Y por no causar fastidio con largos preámbulos, mayormente a Vuestra Santidad, a cuyo cargo está acudir a tantos y tan graves despachos de todo el mundo, quiero desde luego entrar contando el caso [...] Los niños de los indios no son molestos con obstinación ni porfía a la fe católica, como lo son los moros y judíos; antes aprenden de tal manera las verdades de los cristianos, que no solamente salen con ellas, sino que las agotan, y es tanta su facilidad que parece que se las beben..." Epístola de fray Julián Garcés O. P., primer obispo de Tlaxcala a S.S. Paulo III (circa. 1537). En *Humanistas mexicanos del siglo XVI*, introd., selec. y versiones de Gabriel Méndez Plancarte, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1994, pp. 3-4.

⁵⁴ "En el gobierno de su extensa diócesis de Tlaxcala, importante población indígena, Julián Garcés consideró la defensa del indio como una de sus tareas principales. Escribió al Papa Pablo III la famosa 'carta latina', que constituye uno de los documentos históricos más importantes en defensa de la dignidad de la persona humana. Con esta carta el obispo de Tlaxcala movió a Pablo III a redactar su conocida bula *Veritas ipsa* (*Sublimis Deus*) de 1537 a favor de los indios". R. Ballán, *Misioneros de la primera hora (grandes evangelizadores del Nuevo Mundo)*, Madrid, Mundo Negro, 1990, p. 257. Silvio Zavala sostiene tal tesis: "En 1537 tuvo lugar una intervención importante del Papado. Por cartas del obispo de Tlaxcala fray Julián Garcés, y por gestiones directas de fray Bernardino de Minaya, Paulo III dictó su famoso breve a favor de la libertad de los indios, afirmando su capacidad para la fe, su condición humana plena y proscribiendo la tesis de la barbarie". Silvio Zavala, *op. cit.*, p. 48.

ña la donación alejandrina, a su vez, enfatiza el contenido apostólico de las bulas de 1493. Pero llega más lejos: la *Sublimis Deus* posee una riqueza jurídica poco frecuente. Va más allá de los argumentos de Garcés que se dirigían al corazón —y de los de Minaya, también sensibles. Va más allá de lo ya denunciado por Fray Bartolomé —que apuntaba a las entrañas. Farnesio escribe a las cabezas:

Teniendo en cuenta que aquellos indios, como verdaderos hombres que son, no solamente son capaces de la fe cristiana, sino que (como nos es conocido), se acercan a ella con muchísimo deseo; y queriendo proveer los convenientes remedios a estas cosas, con autoridad apostólica por las presentes determinamos y declaramos, sin que contradigan cosas precedentes ni las demás cosas, que los dichos indios y todas las otras naciones que en lo futuro vendrán a conocimiento de los cristianos, aun cuando estén fuera de fe, no están sin embargo privados ni hábiles para ser privados de su libertad ni del dominio de sus cosas, más aun, pueden libre y lícitamente estar en posesión y gozar de tal dominio y libertad y no se les debe reducir a esclavitud, y lo que de otro modo haya acontecido hacerse sea irrito, nulo y de ninguna fuerza ni momento, y que los dichos indios y otras naciones sean convertidos a la dicha fe de Cristo por medio de la predicación de la palabra de Dios y del ejemplo de la buena vida; y que a las copias de las presentes letras firmadas de la mano de algún notario y corroboradas con el sello de alguna persona constituida en dignidad eclesiástica, se ha de prestar la misma fe.⁵⁵

¿Es acaso la impronta de Soto? Para responder a esto, debe demostrarse la conexión entre la cátedra salmantina y el magisterio romano. La *Relectio de Dominio* es de 1535, es decir, próxima a la *Sublimis Deus*. Además Salamanca y en general, la teología española enraizada en el tomismo, incrementó su influjo con Farnesio, papa que era deudor del emperador Carlos.⁵⁶ Paulo III convocará a Trento, y contará con teólogos españoles como infantería. Hasta aquí, una cosa es clara: La carta de Garcés, o las gestiones de Minaya, no fueron los únicos factores en activar al magisterio romano. Hay un indicio bastante curioso que no se puede soslayar. Aunque Soto fue un imparcial testigo del debate vallisoletano, en el prólogo redactado por el segoviano al presentar el acta del suceso, nuestro teólogo-jurista decide abordar la arena. Lo hace de manera velada, breve, pero con todo su sello:

[...] Y ésta dice que fue la intención de la bulla de Alejandro y no otra, según lo declara la otra de Paulo, conviene a saber, para que después de cristianos fuesen sujetos a Su Majestad, no cuanto *ad dominium rerum particularium*, ni para hacerlos es-

⁵⁵ Cit. por Mariano Cuevas, *Documentos inéditos para la historia de México*, México, Porrúa, 1975, pp. 84-86.

⁵⁶ Vid. Leopold von Ranke, *Historia de los papas (en la época moderna)*, México, FCE, 1981, pp. 114-128.

clavos ni quitalles sus señoríos, sino sólo cuanto la suprema jurisdicción con algún razonable tributo para la protección de la fe y enseñanza de buenas costumbres y buena gobernación.⁵⁷

Soto resaltó lo que le parecía el pasaje más trascendente de la bula pauliana, consciente de que en ella se traslucía la huella de su principal tesis antropológica-jurídica.⁵⁸

IV. El impacto doctrinal en el derecho indiano

Bien recuerda José María Ots Capdequí que en síntesis el Debate indiano se podía seducir a su posible condición de esclavitud o al reconocimiento de su libertad. Ots reconoce que la solución aunque positiva, no fue la idónea:

Doctrinalmente no tardó en imponerse el criterio de los que combatían la esclavitud. Son reiteradas y muy explícitas las disposiciones legales decretando que los indios fueran considerados como personas libres vasallos de la Corona de Castilla. Pero estas órdenes tan terminantes de los monarcas no pueden bastar para considerar la cuestión históricamente como resuelta. De un lado, no deja de ser significativa por sí misma esta reiteración. Constantemente tienen que estar los reyes declarando que los indios son hombres libres y saliendo al paso de los que atentaban abierta o solapadamente contra su libertad.⁵⁹

Un ejemplo de tales oscilaciones fue la Carta de Felipe II ordenando que no se vendiesen ningunos indios como esclavos del 18 de febrero de 1588.⁶⁰ Esto será derogado durante el periodo virreinal posterior a cargo de Luis de Velasco II. Sin em-

⁵⁷ Sumario que coligió el egregio padre maestro fray Domingo de Soto de la Apología del obispo de Chiapa y las razones del doctor Sepúlveda. En Bartolomé de las Casas, *Tratados*, t. 1, México, FCE, 1974, p. 285.

⁵⁸ Soto no tenía afán protagonístico alguno. Pero quizá consideró prudente auxiliar a la pobreza argumentativa de fray Bartolomé. Jean Dumont emite un severo juicio al respecto del balance final del debate vallisoletano: "[...] Sepúlveda venció holgadamente en la Controversia". Jean Dumont, *op. cit.*, p. 212.

⁵⁹ José María Ots Capdequí, *Instituciones sociales de la América española en el periodo colonial*, Biblioteca Humanidades, editada por la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad de la Plata, tomo XV, La Plata, 1934, p. 52.

⁶⁰ Libro IV de Provisiones / Cédulas, Capítulos, de / ordenanças, instrucciones, y cartas, libradas y des / pachadas en diferentes tiempos por sus Magestades de / los señores Reyes Catolicos don Fernando, y doña Ysabel, y Emperador / don Carlos de gloriosa memoria, y doña luana su madre, y Catolico Rey don / Felipe, con acuerdo de los señores Presidentes, y de su Consejo Real de las In / dias, que en sus tiempos ha auido tocantes al buen gouierno de las Indias, y / administración de la justicia en ella. Sacando todo ello de los libros del dicho / Consejo por su mandado, para que se sepa, entienda, y se tenga noti / cia de

bargo, en el orden indiano, el derecho de propiedad de los indios terminará por ser respetado y en su caso protegido por el derecho positivo. Basta traer a colación el título XIX, del libro IV de la Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias promulgada por Carlos II en 1680, importante contenedora de reglas sobre la naturaleza y administración de tales bienes. Por supuesto, hay que recordar a las Ordenanzas de nuevos descubrimientos y población dictadas por Felipe II en 1573, amén de capitulaciones y abundantes reales cédulas. José Luis Soberanes y Faustino Martínez nos dan noticia de la existencia de procedimientos procesales, no meramente interdictales sino sumarísimos en el siglo XVIII.⁶¹ Eran “amparos” coloniales cuya finalidad implicaba la restitución de la posesión de tierras, aguas u otras cosas. En suma juicios de posesión y propiedad. Muestras de un derecho indiano vivo, y de propietarios seguros de proteger su dominio. Pero además, en general toda institución, ya de derecho *ad casum* o institucional, siempre tendió a la protección de los indios frente a cualquier posibilidad de abuso. Ese espíritu de consagra en la Constitución del Real y Supremo Consejo de las Indias desde 1542:

Considerando los grandes beneficios, y mercedes, que de la Benignidad soberana hemos recibido y cada día recebimos, con el acrecentamiento y ampliacion de los Reynos y Señoríos de nuestras Indias, y entendiendo bien la obligacion y cargo que con ellos se nos impone, procuramos de nuestra parte (despues del favor Divino) poner medios convenientes para que tan grandes Reynos y Señoríos sean regidos y gobernados como conviene. Y porque en las cosas del servicio de Dios nuestro Señor y bien de aquellos Estados, se provea con mayor acuerdo, deliberacion y consejo. Establecemos y ordenamos, que siempre en nuestra Corte resida cerca de Nos, nuestro Consejo de las Indias...⁶²

Así las cosas, es conveniente (no obstante la extensión de la cita textual) ilustrar el carácter proteccionista de la Monarquía hispánica sobre el indio americano, esto, a través del Consejo de Indias:

[...] Por lo que deseamos favorecer y hacer bien á los Indios naturales de nuestras Indias, sentimos mucho qualquier daño, ó mal se les haga, y de ello nos deservimos,

lo que cerca dello está proveydo despues que se / descubrieron las Indias / hasta agora. En Madrid. En la Imprenta Real, M. D. XCV (*Cedulario de Encinas*), fol. 381.

⁶¹ José Luis Soberanes Fernández y Faustino Martínez Martínez, *op. cit.*, pp. 188-195.

⁶² El Emperador D. Carlos y la R. D. Juana, año de 1542. D. Felipe Segundo en el Pardo á 24 de Setiembre de 1571, en la Ordenança primera del Consejo. Y D. Felipe IV en las de 1636.

Ley primera. Que el Consejo Real de las Indias resida en la Corte y tenga los Ministros y Oficiales que esta ley declara. RECOMPILACIÓN DE LAS LEYES DE LOS REINOS DE LAS INDIAS. 1680, L II, t 2 I, l 1. (reproducción en facsímil de la edición de Julián de Paredes de 1681, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1973).

por lo qual encargamos y mandamos á los de nuestro Consejo de las Indias, que con particular afecto y cuidado procuren siempre, y provean lo que convenga para la conversion y buen tratamiento de los Indios, de forma, que en sus personas y haciendas no se les haga mal tratamiento, ni daño alguno, antes en todo sean tratados, mirados y favorecidos como vasallos nuestros, castigando con rigor á los que lo contrario hizieren, para que con esto los Indios entiendan la merced que les deseamos hazer, y conozcan, que haverlos puesto Dios debaxo de nuestra protección y amparo, ha sido por bien suyo, y para sacarlos de la tiranía y servidumbre en que antiguamente vivían.⁶³

Al final del todo, el indio fue reconocido con un ente con capacidad jurídica, empero, sobreprotegido, algo parecido a un *cura minoris* del Derecho Romano. Aquí, se puede concluir con Ots:

Prevaleció, en definitiva [...] el criterio de los impugnadores de la esclavitud y los indios fueron declarados, en términos generales, vasallos libres de la Corona de Castilla.

Esta declaración de libertad hubo de ser condicionada, en el orden estrictamente legal, cediendo a imperativos inexcusables de la realidad social y económica. Se consideró a los indios, en términos de derecho, como personas menores, necesitadas de tutela y protección jurídica, desenvolviéndose este principio doctrinal en una legislación especial abundante y minuciosa.⁶⁴

Quizás no la solución más adecuada, empero, en su contexto, resultó revolucionaria, y en suma, un salto cualitativo hacia el ideal de la libertad que será replanteada en términos ya de un ius-naturalismo racionalista moderno junto con otro ansiado trofeo: la igualdad.

V. Conclusiones

Como artículo que es, esto es sólo un punto de partida para ulteriores investigaciones en ámbitos más amplios. Muchas cosas se quedan en el tintero. Por ejemplo, se ha tenido que reservar el papel de un Fray Alonso de la Veracruz desde la Real y Pontificia Universidad de México, o ya en el siglo XVII Francisco Suárez desde Coimbra o el papel de un Obispo Palafox y Mendoza. Un artículo es como un menú que abre el

⁶³ Mandamiento de buen tratamiento a los indios, ordenado por Felipe II en 1571 y recogido por Felipe IV en 1636, RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE LOS REINOS DE LAS INDIAS. 1680, L II, t 2I, l 9 (reproducción en facsímil de la edición de Julián de Paredes de 1681, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1973).

⁶⁴ Jose María Ots Capdequí, *op. cit.*, p. 54.

apetito para pedir el plato fuerte. Pero, el artículo, es el punto de partida para un trabajo de mayor hondura. En un artículo se pueden tomarse licencias como especular o plantear al aire otras hipótesis. Sin embargo, en este breve estudio, se ha propuesto demostrar que la inspiración humanista (generada por la escolástica tardía española), no sólo evitó un genocidio en el seno de la América Española (no todo es dorado, basta pensar el caso de los Cazcanes y Nuño de Guzmán, o el abuso en la reducción a la condición de esclavos de los indios del Noroeste novohispano), sino se consiguió una declaración (a través de la Bula *Sublimis Deus* de 1537) que no obstante su limitación ius-canónica (es decir no vinculante a quienes no siguiesen esa fe), implicó un inédito reconocimiento antropológico: Todo ser humano, sin importar su credo, es capaz del dominio jurídico y político. Un hito, sin duda que incidirá en los redactores de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948. Es cierto que las aspiraciones de la libertad ni la igualdad han sido alcanzadas en plenitud. Ya lo denunciaba Marx desde 1847, Martin Luther King en los años sesentas y posteriormente Nelson Mandela. No es retórica: Hoy día el Apartheid es historia, pero en el devenir histórico no conviene perder de vista el espíritu que inspira el ius-humanismo. Desdeñar el esfuerzo de los pensadores españoles del siglo XVI, es mirar una historia sesgada. De Vitoria ha sido reconocido por la Organización de las Naciones Unidas, y sin su esfuerzo, el salto cualitativo de un Grocio o un Pufendorf no hubieran continuado con el itinerario hacia la defensa internacional de unos derechos que son innegablemente universales.

Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales

Moisés Jaime Bailón Corres*

RESUMEN: El ensayo analiza el término de derechos humanos como un concepto que surge en una época específica de la historia y su relación con la discusión en torno a las llamadas generaciones de derechos humanos. Asocia luego este tema con formas específicas de Estados y con los derechos de las minorías, dentro de ellos los de los pueblos indígenas y su expresión en algunos instrumentos internacionales. Concluye que aunque a nivel conceptual y filosófico se puede discutir los contenidos del término, los derechos humanos son sobre todo resultado de luchas sociales que logran concretarse en los órdenes jurídicos nacionales e internacionales.

ABSTRACT: *This essay discusses the term "human rights" as a concept arisen in a specific historical period and its relationship with the so-called human rights generations. Then it relates this phenomenon with specific forms of the state and with minority rights, including those of indigenous peoples and their expression in some international instruments. The author concludes that, although in a conceptual and philosophical level the contents of the term can be discussed, human rights are mainly the result of social struggles that can be materialized in national and international legal orders.*

SUMARIO: Introducción. I. Derechos humanos, concepto y desarrollo histórico. II. Estados nación y generaciones de derechos humanos; III. Derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Introducción

En este ensayo, estudiaremos primero el concepto de derechos humanos como una categoría cuyos rasgos generales pueden establecerse en abstracto, pero cuyos contenidos concretos sólo pueden ser resultado de una larga lucha de la sociedad por su reconocimiento e incorporación como derechos tutelados en los cuerpos constitucionales y en los instrumentos jurídicos internacionales. Esto nos lleva enseguida a repasar la discusión en torno a la existencia de varias generaciones de derechos, resultado del avance en aquellas luchas, y relacionadas directa-

* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

mente con tipos de Estados de derecho específicos (liberal o social, por ejemplo), hasta llegar a la discusión actual sobre la existencia de una cuarta generación de derechos, cuyos contenidos completos aún forman parte del debate. De esta última generación de derechos, discutiremos los que están relacionados con las minorías existentes al interior de los Estados nación y que sólo hasta ya avanzado el siglo XX han sido considerados en los cuerpos constitucionales y en los documentos internacionales. Dentro de los derechos de cuarta generación incorporamos a los derechos de las minorías, en particular los derechos de los pueblos indígenas, que hasta los años setenta, cobraron gran importancia en el debate de los foros internacionales y cuyas demandas se potenciaron sobre todo después de la aparición del EZLN en enero de 1994 en el sureste mexicano, hasta que en 2007 fuera aprobada la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas.

I. Derechos humanos, concepto y desarrollo histórico

1. *Concepto e historia*

Aunque el tema de la dignidad humana se nutre sobre todo de la herencia grecolatina y judeocristiana, la historia de los derechos humanos, y de la lucha por su reconocimiento en las disposiciones jurídicas de las naciones y de los organismos supranacionales, comenzó a finales del siglo XVIII. De manera muy general, se entiende por derechos humanos, aquellos derechos que el ser humano, considerado individualmente, posee por el simple hecho de ser eso: un miembro del género humano y que en conjunto otorgan dignidad y valor a su naturaleza humana. Su importancia radica en que por primera vez se reconocen derechos al hombre por el simple hecho de serlo, concediéndoseles el carácter de universales.¹ Para algunos autores, ese acto representó uno de los momentos decisivos que marcan el fin de una etapa y el inicio de otra en la historia humana.²

Los derechos humanos son entonces una categoría histórica que nace en el tránsito a la modernidad y crece en el seno del iluminismo. Surgieron en una determinada circunstancia. Antes de este periodo podríamos decir que estamos, en la prehistoria de los derechos humanos, ya que si bien existieron posturas filosóficas que postularon el tema de la dignidad humana y existían “derechos”, así entrecomi-

¹ Jaime Juárez Hernández, “Derechos humanos y garantías individuales (su defensa)”, *Derechos y Humanos*, año 6, núm. 11, México, Federación Mexicana de Organismos Públicos de Protección y Defensa de los Derechos Humanos, 2001, pp. 25-33.

² Norberto Bobbio, “La revolución francesa y los derechos del hombre”, *Foro*, núm. 12, Bogotá, junio de 1990, p. 58.

llados, éstos eran más bien privilegios, es decir prerrogativas ganadas por ciertos estamentos o grupos sociales estamentales al príncipe, pero que no eran iguales para todos los miembros de la sociedad. La idea de que los hombres tienen derechos innatos, correspondientes a su propia naturaleza, hunde sus raíces en el jusnaturalismo racionalista del siglo XVIII.³

La Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 12 de junio de 1776, la Declaración de Independencia Norteamericana del 4 de julio de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional de la Revolución francesa el 26 de agosto de 1789, son las primeras manifestaciones a favor de una serie de reclamos que tendrían que ver con las relaciones que el hombre individualmente considerado establece con los poderes públicos: la libertad, la seguridad jurídica, la igualdad, la propiedad, la posibilidad de alcanzar la felicidad de los pueblos.⁴

Detrás de estas históricas declaraciones de derechos estaba la filosofía jusnaturalista, cuyos conceptos se sustentan en una idea central: el hombre, individualmente considerado, es poseedor de derechos naturales, es decir, derechos que le son propios desde antes de entrar a formar parte de la sociedad, del estado de sociedad; tales derechos son reconocibles por medio de la razón y la comunidad, es decir la sociedad y el estado, debe respetárselos.⁵ Estos derechos son anteriores a la formación del Estado mismo, le anteceden.

Luego entonces, la sociedad no es natural, los derechos del hombre si son naturales, le corresponden desde antes de asociarse. La sociedad así es resultado de un pacto social entre los hombres los cuales renuncian al estado de naturaleza para vivir en sociedad. Y para vivir en sociedad, de tal manera que pueda existir el orden, acuerdan someterse a una autoridad, el Estado, al cual se le imponen límites relacionados con esos derechos naturales. Tanto la sociedad como el Estado son instituciones creadas por el pacto entre los individuos, no son instituciones naturales.

En todas estas declaraciones de derechos resaltan dos aspectos centrales: la aparición del individuo como persona, como sujeto de derechos, y el establecimiento de que el poder público ha de hallar límites en su ejercicio en la libertad y la igualdad de los hombres.

³ Gaspar Escalona Martínez, "La naturaleza de los derechos humanos", en Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH, 2004, pp. 133-134.

⁴ Para ver las influencias previas y entre una y otras declaraciones, la influencia del contrato social de Rousseau, de la tradición inglesa y la lucha por la libertad religiosa, sin duda alguna el texto de Jellinek, traducido al español por primera ocasión en 1908 sigue siendo referencia obligada. George Jellinek, *La declaración de los derechos del hombre y el ciudadano*, México, UNAM, 2000.

⁵ Javier Alvarado Planas, "Fundamentación historicista de los derechos humanos", en Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH, 2004, p. 67.

Sin embargo, los derechos humanos y su inclusión en los marcos normativos de los llamados estados territoriales y en organismos internacionales, de ninguna manera son sólo aquello que los gobiernos han reconocido a la sociedad civil. Por el contrario, por su propia naturaleza, muchas veces han resultado de luchas sociales al proponer la reivindicación de mejores formas de vida; mientras que los grupos que controlan la dirección de la sociedad a través de los aparatos estatales no están dispuestos a aceptarlas porque supone pérdida de una parte de sus propias condiciones de privilegio.⁶

Para algunos autores, de todos los derechos existe uno, el de la libertad, que es la base sobre la que descansa el reconocimiento y la tutela de los demás derechos. Por eso, éstos no existen como tales mientras no se materialicen en disposiciones constitucionales y legales y se garantice la tutela de los mismos. De tal forma que los derechos humanos pueden considerarse como las concreciones del valor libertad en su vertiente positiva, es decir expresamente asentada en disposiciones constitucionales o legales, definiendo esferas concretas de actuación del sujeto y ámbitos de obligaciones determinadas del poder. Por lo que a diferencia de la libertad en abstracto, requieren de una clara determinación de su ámbito y alcance por ser zonas concretas de autonomía en que se desenvuelven las voluntades individuales.⁷

2. Derechos humanos en las naciones e internacionalmente

A partir de esas grandes transformaciones políticas que fueron las revoluciones norteamericana y francesa, se iniciaría el proceso de construcción de los llamados Estados nacionales en sentido moderno en las unidades territoriales del mundo, proceso que no ha terminado de completarse todavía. De la misma manera, poco a poco fueron incorporándose a las Constituciones de los diversos países, los derechos establecidos en las declaraciones americana y francesa.

Durante más de un siglo, sólo correspondió a los propios Estados nacionales y a sus ciudadanos, la lucha por su establecimiento y cumplimiento. La comunidad internacional no tenía mucho peso para influir en la adopción de legislaciones a favor de los reclamos sociales en países concretos.

Los primeros intentos serios relacionados con el derecho internacional resultan de la iniciativa de la Sociedad de las Naciones luego de la Primera Guerra Mundial.

⁶ Óscar Correas, "Los derechos humanos subversivos", *Revista jurídica jalisciense*, año 2, núm. 4, Guadalajara, septiembre-diciembre de 1992, p. 45.

⁷ Yolanda Gómez Sánchez, "Estado constitucional y protección internacional", en Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH, 2004, pp. 231-232.

No obstante, habría que esperar varios años aun para entrar en otra etapa. Fue hasta después de la segunda conflagración mundial, luego del genocidio provocado por los nazis, cuando los gobiernos nacionales y sus representantes en los organismos internacionales llegaron a la conclusión de que el tema no era sólo un asunto interno de los Estados, sino también una necesidad imperante de toda la humanidad. De esta reflexión surgirían la Carta de la ONU suscrita en 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada en 1948.⁸ Con ellas aparece una noción internacional de los Derechos Humanos, que se convirtió en marco de referencia para que las naciones y los ciudadanos del mundo buscaran adecuar en sus propias realidades.

La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.⁹ En este documento se harían referencias a la cuestión de los derechos humanos en el Preámbulo, así como en los artículos 1.2; 1.3.1b); 55.c); 56; 62.2; 68 y 76.c), de las que se desprende el interés y la importancia que el nuevo organismo internacional daría a la promoción de los derechos humanos de todos, sin discriminación. Sin embargo, no se hizo ninguna definición del concepto, ni se establecieron los procedimientos o mecanismos de protección internacional, ni se clarificó la problemática de la jurisdicción interna en relación a violaciones de estos derechos.¹⁰

Pese a que hubo iniciativas en la conferencia de San Francisco para ir más allá, el documento quedó en enunciaciones generales sobre el compromiso de promover el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. No obstante, estas enunciaciones encontrarían pronto concreción en documentos más comprometidos para los estados miembros de las Naciones Unidas. Y una de los motores de esos avances sería precisamente la creación de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, surgida del seno del Consejo Económico y Social, en 1946.¹¹ Con su trabajo fue posible poco a poco, consolidar instrumentos internacionales de tutela en materia de derechos como la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de NU el 10 de diciembre de 1948;¹² el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966; el Pacto Internacional

⁸ Jesús Rodríguez y Rodríguez, comp., *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1998, t. 1, pp. 19-29.

⁹ *Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945*. <http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/spanish/Sintro.html>

¹⁰ Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Civitas, 1988, pp. 23-27.

¹¹ Héctor Gros Espiell, *op. cit.*, pp. 23-27.

¹² Jesús Rodríguez y Rodríguez, comp., *op. cit.*, pp. 19-24.

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la misma fecha; el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor hasta el 23 de marzo de 1976; y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Destinado a Abolir la Pena de Muerte, adoptado el 15 de diciembre de 1989.¹³

A pesar de que la Declaración de 1948 no fue un tratado internacional en sentido estricto, la costumbre jurídica le ha dado a ese instrumento el referente fundamental para la interpretación de los otros instrumentos de la Carta de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que sí tienen naturaleza obligatoria.¹⁴ Al no ser un pacto o convención, carece del carácter vinculante de éstos. Pero su valor moral y político, le dio un carácter obligatorio como una expresión de la costumbre internacional en la materia, convirtiéndose así en un verdadero mito, universal e intocable, y cuyo obligado respeto se invoca constantemente.¹⁵ La *Declaración* y otros instrumentos han contribuido sin duda alguna al fortalecimiento de una cultura de los derechos humanos al interior de las naciones de todo el mundo y al avance en el establecimiento de medidas constitucionales y de normatividad menor, para garantizarlos y al crecimiento mismo del repertorio de derechos humanos disponible.

3. Estado y derechos humanos

De alguna manera, en las sociedades nacionales se pueden encontrar ciertos paralelismos entre distintos tipos de estado y el nivel de reconocimiento o amplitud de reconocimiento del repertorio de derechos humanos en sus sistemas constitucionales. Estos tipos de estado, desde la perspectiva de los derechos humanos, están actualmente determinados por cuatro factores, a saber: 1) El grado de subordinación del poder político al derecho y al control de la legalidad sobre el poder político; 2) Las relaciones del Estado y la actividad económica; 3) El grado de participación de los ciudadanos o la sociedad civil en la organización y funcionamiento político del sistema; d) El grado de integración del estado en relación a las organizaciones internacionales o supranacionales.¹⁶

Esta visión supone sobre todo, una nueva forma de conceptualizar las relaciones del poder político y la sociedad. Las monarquías absolutas, por ejemplo, defendían la completa inmunidad del poder, así como el carácter hereditario del mismo. Las

¹³ Véanse los documentos en Jesús Rodríguez y Rodríguez, *op. cit.*, pp. 30-69.

¹⁴ *Declaración Universal de los Derechos Humanos. Versión Comentada*. México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 1998, p. 5.

¹⁵ Héctor Gos Espiell, *op. cit.*, p. 31.

¹⁶ Yolanda Gómez Sánchez, *op. cit.*, p. 234.

declaraciones de derechos de las colonias americanas, su declaración de independencia, así como la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano promulgada por la asamblea del pueblo francés, incorporaron una nueva visión de lo que el estado debería de ser: un ente resultado del acuerdo de la sociedad, sometido a normas jurídicas y con controles establecidos para limitar su poder y garantizar las libertades y los derechos de los ciudadanos. Surgió así una primera formulación teórica de lo que debe ser el Estado de Derecho: el imperio de la ley, la división de poderes y el reconocimiento de unos derechos y libertades básicos incorporados a textos escritos constitucionales, más allá de las formulaciones puramente filosóficas. El primer gran salto fue precisamente conseguir que el poder político quedara sujeto a ciertas normas, lo cual fue un logro muy importante.¹⁷

De esa época a la actual ha habido avances en la naturaleza misma del Estado de Derecho. Ahora no sólo basta imponer ciertos controles al poder del Estado por medio del derecho, para garantizar y tutelar los derechos de los ciudadanos. Sino que también cuenta mucho el grado de legitimidad del Estado en cuestión, la cual se encuentra indisolublemente unida al desarrollo de la democracia, y dentro de ella a la participación creciente de los ciudadanos en la formación misma del cuerpo legal que rige a la sociedad. Pero esa legitimidad tiene también mucho que ver con prácticas activas del Estado encaminadas a definir políticas en materias sociales, económicas y culturales para corregir desajustes y desventajas que el propio desarrollo de la sociedad ha ocasionado, que también tienen que ver con los derechos humanos. Y también tiene que ver la legitimidad con la valoración de todos los elementos anteriores en el ámbito internacional.¹⁸

Desde esa perspectiva, se puede trazar un panorama general para entender el desarrollo de los derechos humanos, hablando de generaciones de derechos, las cuales están indisolublemente unidas al tipo de Estado de derecho prevaleciente.

II. Estados nación y generaciones de derechos humanos

Una perspectiva teórica de los derechos humanos reconoce como derechos de primera generación a los derechos civiles y políticos, que se relacionan con las atribuciones del individuo para disfrutar de la vida, la propiedad, la libertad, la igualdad, la seguridad, la capacidad para expresar su opinión, organizarse políticamente, designar a sus gobernantes por medio del voto, etcétera. La lucha por la conquista de estos derechos estuvo relacionada con el paso de la sociedad feudal a la capitalista,

¹⁷ *Ibid.*, pp. 235-237.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 235-237.

con la construcción del Estado moderno. No obstante, aunque muchos países ya disponen en sus legislaciones de estas atribuciones para sus ciudadanos, habrá que señalar que actualmente siguen siendo propósitos por alcanzar en varios de ellos.

1. El sufragio

De los derechos de primera generación, el más trascendente, sin duda alguna, porque expresa la ruptura de un tipo de sociedad a otro, es éste, el del sufragio. Este derecho, según Pierre Rosanvallon, “produce a la propia sociedad; es la equivalencia entre los individuos lo que constituye la relación social. Es un derecho *constructivo*. El sufragio universal logra, en un sentido más profundo, la laicización del mundo occidental”.¹⁹ A través de él fue posible materializar la voluntad de los hombres para definir el camino político de sus sociedades y es en gran medida, asociado a la disputa libre entre partidos políticos, la expresión primera de la democracia moderna.

El ciudadano, sujeto capaz de labrar su propio destino y de decidir sobre la forma de conducir su sociedad, es entendido como la primera gran expresión de la modernización de la humanidad. Nace con la Revolución francesa y la Independencia Norteamericana, pero su consolidación se irá dando poco a poco en el siglo XIX.

Se entiende por ciudadano a la persona que tiene derechos y obligaciones en su relación con el poder político y el resto de la sociedad. Su constitución como sujeto histórico en las naciones del mundo, así como lo ha sido la incorporación de los derechos humanos en las legislaciones de cada país, ha llevado un largo trecho histórico y ha costado muchas vidas humanas.

De manera general podemos decir que la ciudadanía en sus orígenes podía ser determinada por la disponibilidad de riqueza, o de propiedad agraria, o de ilustración, hasta llegar a su definición moderna en la que no cuentan esos criterios, sino el nacimiento en un país, o la adquisición de esta característica por medio de procedimientos legales para los extranjeros, además de otras exigencias como la de la edad, por ejemplo. La expresión más típica de la ciudadanía está asociada al sufragio universal, cuya definición ha ido cambiando a lo largo de los dos últimos siglos. Al principio fue un derecho de los hombres que poseían ciertos atributos como la riqueza, ilustración y edad. Posteriormente, resultado de luchas sociales, el criterio censatario fue eliminado y el límite de edad fue bajando hasta llegar por ejemplo, al de 18 años cumplidos, que existe en muchos países como México.

¹⁹ Pierre Rosanvallon, *La consagración del ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia*, México, Instituto Mora, 1999, p. 13.

Sin embargo, en su concepto original, el sufragio universal no incluía a la mitad de la población: las mujeres. Sería hasta las primeras décadas del siglo XX, luego de luchas por parte de ellas, que esto pudo conseguirse. En el caso de México, no obstante el papel que tuvieron en la lucha revolucionaria de principios del siglo pasado y de que desde esos años buscaron acceder al sufragio, sería hasta principios de los años de la década de 1950 en que tal derecho les fue reconocido en la carta fundamental.

Este primer grupo de derechos humanos surgió como libertades individuales. Se trata de derechos que resaltan el carácter individualista de la sociedad, porque en su origen buscan romper con una sociedad que favorece a los estamentos más que a los individuos concretos. Es el tipo de derechos que existen en las declaraciones del siglo XVIII que algunos llaman periodo preconstitucional.²⁰

2. Primera y segunda generación

No obstante cabe señalar que algunos autores dividen esta llamada primera generación de derechos en dos generaciones (con lo que los derechos se dividirían en cuatro generaciones). En la primera estarían aquellos derechos vinculados a la concepción liberal de las libertades negativas, junto al principio de igualdad ante la ley, es decir los derechos civiles individuales: la libertad, el derecho a la vida, la propiedad, a la seguridad. Yolanda Gómez Sánchez y Remedio Sánchez Ferriz comparten esta división de lo que tradicionalmente se han considerado derechos de primera generación, en dos generaciones.²¹

En esta visión, el llamado Estado liberal de derecho sería el primer tipo de estado de derecho. Políticamente corresponde a un estado predemocrático e históricamente a los regímenes liberales del periodo *laissez faire* que se sustentaron en las visiones económicas de David Ricardo y Adam Smith, que creían que las fuerzas del mercado eran tan poderosas que por sí solas regulaban el mercado, y que el Estado no debería intervenir, que su actuación tendría que ser la ajustada a la visión liberal de libertades negativas, en las que al lado de la igualdad ante la ley se establece la prohibición al estado para violarlas.

²⁰ Consuelo Maqueda Abreu, “Los derechos humanos en los orígenes del Estado constitucional”, en Yolanda Gómez Sánchez, coord., 2004, *op. cit.*, p. 166.

²¹ Remedio Sánchez Ferriz, “Generaciones de derechos y evolución del Estado”, en Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Los derechos humanos en Europa*, Madrid, UNED, 2001, pp. 49-61, y Yolanda Gómez Sánchez, “Estado constitucional y protección internacional”, en Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH, 2004, pp. 231-280.

En el Estado liberal de derecho existe una clara separación entre la sociedad civil y la sociedad política. La mayoría de las relaciones que afectan a los individuos están un poco ajenas al Estado, el cual extiende sus acciones solamente realizando aquellos servicios públicos que no pueden ser obra de la iniciativa privada; garantizar el orden interior y la defensa del país.²²

En esta perspectiva, una segunda generación de derechos sería la correspondiente a lo que conocemos como derechos políticos, es decir derechos de participación o de ejercicio colectivo, como el del voto, la libertad de imprenta o de reunión y que difieren en su funcionalidad y estructura de los derechos individuales de las primeras declaraciones. Los primeros coinciden con el ascenso de la burguesía en su lucha contra la nobleza, como respuesta a un liberalismo que aún no se ha desprendido de sus tintes privatista e individualistas (vida, propiedad, seguridad, libertad de comercio, etc.). Los segundos coinciden con el movimiento obrero, y con amplios y no siempre incruentos procesos de reforma electoral para lograr la progresiva ampliación del sufragio hasta llegar a su carácter universal (masculino primero y luego femenino).²³

El mismo modelo de Estado liberal de derecho tuvo que abrirse al reconocimiento de nuevos derechos, derechos de participación, como el de la soberanía popular y el sufragio universal masculino, que se implantaría en Europa hasta finales del siglo XIX y principios del XX, el de asociación, y algunas libertades públicas como la de prensa.

Como quiera que sea, estos dos grupos de derechos, que algunos autores agrupan en una primera generación de derechos, se corresponden históricamente con el llamado Estado liberal de derecho.

3. Tercera generación de derechos

Posteriormente, al consolidarse los estados nacionales y acentuarse la explotación de la fuerza de trabajo en la actividad industrial, creando insalubridad, enfermedades, muertes, condiciones de trabajo atroces para grandes conglomerados de trabajadores, así como la pérdida de la tierra por parte de campesinos aparceros, surgieron otro tipo de derechos que tuvieron que establecerse: los derechos sociales, económicos y culturales, cuya mayor expresión se encuentra en el llamado Estado de bienestar social (*Welfare state*) o Estado social de derecho. Estos están relacionados con la necesaria obligatoriedad del Estado para que todos los ciudadanos disfruten, por

²² Yolanda Gómez Sánchez, *op. cit.*, pp. 49-61.

²³ Remedios Sánchez Ferriz, *op. cit.*, pp. 214-217.

ejemplo, de salud, de educación, de trabajo, de un pedazo de tierra en algunos casos, etcétera. Aunque aparecen seminalmente en la Alemania de Bismarck su desarrollo ocurre sobre todo en el siglo XX.

En 1917, antes que la constitución soviética, la mexicana fundamenta importantes derechos sociales a profundidad, como el de la educación laica, obligatoria y gratuita (artículo 3o.), la propiedad de la nación sobre la tierra, a la que le da las modalidades para el bien público en propiedad privada, ejidal y comunal (artículo 127), así como importantes consideraciones a los derechos de organización y huelga para los trabajadores (artículo 123), y otros derechos sociales y económicos.²⁴

A diferencia de los derechos de las anteriores generaciones, en los que sobre todo se comprenden a partir de una actitud *laissez faire*, abstencionista o de auto-limitación por parte del Estado, en este caso requieren de una actuación estatal para su realización que se concreta en prestaciones y servicios sociales. Por eso algunos autores hablan de derechos de prestación.²⁵

4. Cuarta generación de derechos

A partir de las últimas décadas surgieron nuevas demandas en sectores sociales de diversos países por el derecho al desarrollo, al progreso, a la autodeterminación, a la paz, a un ambiente sano, a la libertad informática, a la identidad. A estos derechos se les llama de solidaridad o de los pueblos. Esta generación de derechos viene a responder a nuevas necesidades de la sociedad que no habían aparecido antes y en el contexto de la contaminación de las libertades ante los usos de algunas nuevas tecnologías y avances en las ciencias biomédicas.²⁶ Son resultado de nuevas reivindicaciones de los ciudadanos, por una parte y, por la otra, de las transformaciones tecnológicas, resultado de los nuevos conocimientos científicos y de su aplicación a diversos campos de la vida del hombre. Corresponden al actual Estado social de derecho o Estado democrático de derecho.²⁷

Las tres primeras generaciones de derechos humanos, son producto sobre todo de la evolución política de las sociedades nacionales y la internacional, en esta última generación que está apareciendo y sobre la cual se debate mucho todavía,

²⁴ "Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917", en *Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, México, INEHRM, 1960, pp. 1181-1222.

²⁵ Gaspar Escalona Martínez, "La naturaleza de los derechos humanos", en Yolanda Gómez Sánchez, coord., *op. cit.*, p. 145.

²⁶ Gaspar Escalona Martínez, *op. cit.*, pp. 145.

²⁷ Yolanda Gómez Sánchez, "Estado constitucional y protección internacional", en Yolanda Gómez Sánchez, coord., *op. cit.*, pp. 242-243.

por los diferentes derechos que comprende, el peso de la tecnología y la globalización son más importantes.²⁸

En la mayor parte de los casos de esta nueva generación, se trata de nuevos derechos, pero en otros se trata de derechos ya enunciados y regulados anteriormente pero redefinidos por las nuevas condiciones de la sociedad, la tecnología y la globalización. Es la visión que sostienen algunos estudiosos españoles respecto a este nuevo campo de reflexión de derechos, en los que todavía no se llegan a definir con toda claridad los mismos, aunque se tiene enorme claridad sobre el tipo de demandas que los generan.²⁹

Una de las clasificaciones realizadas de esta generación los divide en tres subgrupos:

- a) Derechos del hombre relativos a la protección al ecosistema, para garantizar la pervivencia futura de la vida humana en el planeta, y al patrimonio de la humanidad, dentro de estos los derechos culturales y de autonomía de los pueblos indígenas. Se trata en algunos casos de derechos encaminados a las generaciones futuras. Incluye derechos ya definidos en la anterior generación, como el derecho al medio ambiente.
- b) Un segundo subgrupo de esta nueva generación de derechos corresponde a aquellos relativos a un nuevo estatuto jurídico para la vida humana como resultado de las nuevas condiciones de las tecnologías biomédicas. Dentro de ellos se encuentra el derecho a la vida, pero, al igual que en caso anterior, se trata de un derecho que por los avances recientes de la ciencia es necesario redefinir.
- c) El tercer subgrupo corresponde a los derechos derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información.³⁰

5. Generaciones en el sistema internacional

Aunque hablamos de generaciones de derechos y su relación con tipos específicos de Estado, el modelo presentado anteriormente corresponde sobre todo al ejemplo europeo y el de las sociedades occidentales con estados democráticos. En América Latina y en otras regiones del mundo, el desarrollo de tales generaciones de derechos presenta variaciones, al igual que en el sistema internacional.

²⁸ Yolanda Gómez Sánchez, *op. cit.*, pp. 231-280.

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

En este último caso se han privilegiado, en sus convenciones y acuerdos para reconocer y tutelar, es decir garantizar su cumplimiento mediante sanciones, los derechos correspondientes a la primera generación (primera y segunda generación en la visión más ampliada de los mismos): es decir los derechos civiles y políticos y se ha empezado a hacerlo con los de la cuarta generación, o derechos de solidaridad o de los pueblos. En lo que corresponde a los derechos sociales, económicos y culturales, es decir los derechos de prestación, se ha impuesto el criterio de los Estados, bajo el argumento de las carencias presupuestales para cumplirlos, lo que debería cambiar en nuestro país a partir de la suscripción del Protocolo Facultativo, en diciembre de 2008.³¹

Sin duda alguna, para algunos reclamos en el mundo contemporáneo relacionados con derechos humanos, ante la inexistencia de disposiciones en los Estados nación, la recurrencia a los instrumentos internacionales es fundamental. Así ha pasado desde la creación de la ONU con ciertos derechos de los grupos considerados minorías, sobre todo las llamadas minorías nacionales.

III. Derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas

1. *¿En la cuarta generación?*

Dentro de los derechos de cuarta generación, podemos destacar, por su importancia actual, las reivindicaciones por los derechos a la identidad cultural y a la autodeterminación de los pueblos indígenas. Su aparición se da en un contexto de conflictos entre naciones y al interior de las naciones, por parte de grupos que defendían la posibilidad de disponer de una religión, una lengua, costumbres, formas de representación simbólica, es decir, culturas diferentes a la de los grupos mayoritarios o dominantes.

En los círculos internacionales que tratan sobre los derechos humanos se inició una amplia discusión que no ha terminado. Algunos autores niegan que estos derechos sean derechos humanos en absoluto, mientras otros, afirman que deben ser reconocidos por los estados territoriales. Otros más, consideran que aunque sean derechos humanos, son de un nivel inferior a los básicos o de las primeras generaciones.

Sin embargo, aquí está parte de la discusión contemporánea, aún no completamente resuelta. El concepto tradicional de derechos humanos se ha aplicado predominantemente a los individuos. Por otro lado, los derechos colectivos, correspon-

³¹ *Idem.*

den a los Estados, y en casos excepcionales, a algunos pueblos que luchan por su liberación nacional y que son reconocidos como tales por la comunidad internacional.³² No obstante, entre los derechos del individuo y los del Estado existen millones de seres humanos en docenas de países de todo el mundo, que reclaman su propia identidad, su propio derecho a existir según sus propios valores y formas de organización social y, en muchos casos, su derecho a la autodeterminación. De ahí es donde surge la reivindicación de estos grupos de tener reconocidos esos derechos, como derechos colectivos, tal y como lo hacen hoy en día los pueblos indios de América.

La integración entre los diversos grupos o generaciones de derechos no ha sido resultado de una simple suma o acumulación de los mismos. Sobre todo, ha sido el apuntalamiento de unos y otros a lo largo de la historia de los últimos siglos resultado de la movilización social y de la negociación de las clases y grupos sociales con la estructura del poder.³³ Por eso es necesario hacer un recuento del proceso de reconocimiento de derechos para estos grupos humanos.

2. Discriminación y minorías

Desde que se dieron los primeros pasos en la formulación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, hubo delegaciones que buscaron incluir, en la misma, dispositivos para proteger los derechos humanos de las minorías étnicas. Pero la mayoría de los delegados occidentales desestimaron estas posiciones insistiendo en una visión de los Derechos Humanos individuales y universales, hasta fechas más recientes en que las cosas han empezado a cambiar.

La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías

En 1947, se crea al seno de la Comisión de Derechos Humanos, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías y con el paso de los años el tema empezó a concretarse, aunque lento, en documentos de la ONU.

El 20 de noviembre de 1963, apuntalándose en la Declaración Universal, se adopta la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación, cuyo artículo 1o. se afirma que: "La discriminación entre los seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico es un atentado contra la dignidad humana y debe condenarse..."³⁴ Pero como una declaración, no tiene carácter vinculatorio y de obligatoriedad, cosa que si se encuentra en el artículo 27 del

³² Rodolfo Stavenhagen, *La cuestión étnica*, México, El Colegio de México, 2001, pp. 120-124.

³³ Remedios Sánchez Ferriz, *op. cit.*, p. 228.

³⁴ Jesús Rodríguez y Rodríguez, comp., *op. cit.*, pp. 80-84.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al afirmar que: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su religión y a emplear su propio idioma.”³⁵

Como se ve el texto es demasiado ambiguo y vago, y no especifica quién definirá cuando se trata de una minoría étnica, religiosa o lingüística, por lo que la Subcomisión buscó avanzar en nuevos documentos que permitieran responder a los reclamos de estos importantes grupos sociales, dentro de ellos los indígenas, que exigían protección internacional de derechos, para avanzar en sus propios países. El trabajo de la misma, llegó a un mejor destino con la aprobación de otro texto declarativo más completo: la Declaración sobre Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1992 (DM).³⁶

Pero al igual que las otras declaraciones, la DM no tiene carácter vinculante, y no llegó a establecer con claridad qué se entiende por minorías. No obstante, habrá que reconocerle elementos importantes que incorpora como el de establecer que los Estados firmantes protegerán la existencia y la identidad de las minorías nacionales o étnicas, culturales, religiosas y lingüísticas en sus territorios; y adoptarán medidas legales y de otro tipo que favorezcan la identidad y su desarrollo cultural. Establece además los derechos que tienen las personas pertenecientes a dichas minorías, ya sea en forma individual como colectiva, aunque no se reconocen a las minorías como grupo social portador de derechos. Es decir, presentan una visión individualista de esos derechos.

Para entender parte de la discusión cerrada que se ha dado en los organismos internacionales en tórnos a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, repasaremos a continuación sus dos componentes esenciales: el derecho a la identidad cultural y el derecho a la autodeterminación.

3. Derecho a la identidad cultural

Todas las culturas tienen un valor y una dignidad que tienen que ser respetados y protegidos. En su diversidad y por la influencia recíproca que ejercen unas sobre

³⁵ “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966”, en Jesús Rodríguez y Rodríguez, *op. cit.*, pp. 42-61.

³⁶ “Declaración sobre Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 18 de diciembre de 1992”, en Jesús Rodríguez y Rodríguez, *op. cit.*, pp. 105-109.

otras, todas las culturas de los distintos pueblos del mundo integran el patrimonio cultural de la humanidad.³⁷

Así, cuando se habla de derecho a la identidad cultural, se hace referencia al derecho de colectividades y de individuos que viven en colectividades a disfrutar de esta suma de actividades y productos materiales y espirituales que le son propios, sin discriminación por parte de otros grupos e individuos que comparten otras identidades culturales, tanto dentro de un mismo Estado territorial como fuera de él.

En los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos algunas veces se entienden como conceptos sinónimos los derechos culturales y los derechos a la identidad cultural.

Además, el concepto de cultura ha llegado en su desarrollo a ser definido primero en un sentido estrecho y posteriormente en un sentido más amplio.

La Declaración Universal de Derechos Humanos acordada el 10 de diciembre de 1948 establece en su artículo 27, punto 1 que: "Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten". Y en el punto 2, del mismo artículo, que: "Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora".³⁸

En este texto se asume una visión del derecho a la cultura como si ésta fuera un todo armónico de elementos, sin distinguir las diferentes culturas que puedan existir, y el derecho a esa diferencia. Sin embargo, se podría considerar que de manera implícita la definición también contiene el derecho de las diversas culturas a ser respetadas.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966, señala también en su artículo 27, como mencionamos antes, que en los Estados en que existan minorías étnicas no se les negará a sus miembros el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar su propia religión y a emplear su propio idioma.³⁹ Este párrafo marca, visto de manera laxa, sin duda alguna, en forma más clara el paso de la

³⁷ Mireille Roccatti, "Derechos humanos, pluriculturalismo e identidad cultural", en Jorge Alonso et al., *El derecho a la identidad cultural*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas de la H. Cámara de Diputados, 1999, pp. 17-43.

³⁸ "Declaración Universal de Derechos Humanos. Diciembre 10 de 1948", en Jesús Rodríguez y Rodríguez, *Instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA*, México, CNDH, t. 1, 1998, pp. 19-24.

³⁹ "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Diciembre 16 de 1966", en Susana Thalía Pedroza de la Llave y Omar García Huante, comps., *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, México, CNDH, 2003, pp. 251-275.

concepción de los derechos como derechos individuales, a los derechos como derechos colectivos.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado en la misma fecha que el anterior, se dispone en su artículo 1 que: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.⁴⁰ También establece que: los Estados Partes en el mismo reconocen el derecho de toda persona a participar en la vida cultural; gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; y a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Entre las medidas que los Estados Partes del mencionado Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.⁴¹

El documento en que aparece con mayor claridad una concepción más diversa y plural del derecho a la identidad cultural es la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, de 25 de noviembre de 1978, que establece en su artículo 1o. que todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tienen el mismo origen; nacen iguales en dignidad y derechos; y todos forman parte integrante de la humanidad. De igual forma, todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales.⁴²

Sin embargo, la diversidad de las formas de vida y el derecho a la diferencia no pueden en ningún caso servir de pretexto a los prejuicios raciales; no pueden legitimar, ni de derecho ni de hecho, ninguna práctica discriminatoria, ni fundar la política de *apartheid* que constituye la forma extrema del racismo.⁴³

La identidad de origen, menciona el documento que venimos citando, no afecta en modo alguno la facultad que tienen los seres humanos de vivir diferentemente, ni las diferencias fundadas en la diversidad de las culturas, del medio ambiente y de la historia, ni el derecho de conservar la identidad cultural.⁴⁴

De esa manera se asumen dos principios: 1. El de que todos los pueblos del mundo están dotados de las mismas facultades que les permiten alcanzar la plenitud del desarrollo intelectual, técnico, social, económico, cultural y político. 2. El de

⁴⁰ “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Diciembre 16 de 1966”, en Jesús Rodríguez y Rodríguez, *op. cit.*, pp. 30-41.

⁴¹ *Idem.*

⁴² “Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales. Noviembre 25 de 1978”, en Susana Thalía Pedroza de la Llave y Omar García Huante, *comps., op. cit.*, pp. 143-151.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Idem.*

que las diferencias entre las realizaciones de los diversos pueblos se explican enteramente por factores geográficos, históricos, políticos, económicos, sociales y culturales. No pueden, en ningún caso, servir de pretexto a cualquier clasificación jerarquizada de las naciones y los pueblos.⁴⁵

Por otra parte, el artículo 5.1 dice que: “La cultura, obra de todos los seres humanos y patrimonio común de la humanidad, y la educación, en el sentido más amplio de la palabra, proporcionan a los hombres y a las mujeres medios cada vez más eficaces de adaptación, que no sólo les permiten afirmar que nacen iguales en dignidad y derechos, sino también reconocer que deben respetar el derecho de todos los grupos humanos a la identidad cultural y al desarrollo de su propia vida cultural en el marco nacional e internacional, en la inteligencia de que corresponde a cada grupo el decidir con toda libertad si desea mantener y, llegado el caso, adaptar o enriquecer los valores que considere esenciales para su identidad”.⁴⁶

El punto 2 del artículo 9 dice que deben tomarse medidas especiales para garantizar la igualdad en dignidad y derechos de los individuos y los grupos humanos, especialmente a los grupos raciales o étnicos, social y económicamente menos favorecidos, a fin de garantizarles, sin discriminación ni restricciones, dentro de otros derechos, el del respeto a la autenticidad de su cultura y de sus valores.⁴⁷

4. Derecho a la autodeterminación

Parte del rechazo de las élites, que dirigen las naciones integrantes del sistema internacional de Naciones Unidas, para avanzar en materia de reconocimiento de derechos a la autodeterminación de los pueblos indígenas se asocia al debate del significado del concepto pueblo en las instancias internacionales.

Nos dice Stavenhagen, ex Relator Especial de ONU para la Problemática de los Pueblos Indígenas, que hay quienes conciben el concepto pueblo como una categoría sociológica, semejante al de “nación”, referido aquél a grupos humanos que componen identidades étnicas y culturales como la lengua, la religión, costumbres, etcétera. Otros más, insisten en una visión política y legal del concepto “pueblo”, referido al conjunto de habitantes de un territorio o un Estado, sin tomar en cuenta sus elementos étnicos y culturales. En la práctica, la ONU se ha inclinado por esta última interpretación, mientras los movimientos indígenas, como el zapatista, grupos étnicos y nacionales minoritarios, afirman que les corresponde a ellos como grupo

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Idem.*

el decidir si son o no “pueblos” y si desean o no ejercer su derecho a la libre determinación.⁴⁸

En el artículo primero de dos mandatos internacionales: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁹ se establece que todos los pueblos tienen derecho a la autodeterminación. Se habla en ellos de pueblos en el sentido político que se le da en el derecho internacional: equiparables a colectividades que pueden constituir Estados, sin distinguir sus particularidades culturales, étnicas, etcétera.

Pero no era esa la aspiración de los pueblos indígenas que se alzaron en Chiapas, ni los de las otras partes del continente americano. Ellos no buscaban crear estados nación, entidades aparte del que ya pertenecen.

Hasta hace poco, al sustentar su reclamo por sus derechos indígenas al interior de sus estados nación, el único instrumento disponible del cual echan mano los pueblos indígenas es el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, en el mismo se hace una definición ambigua del concepto de pueblos y se señala enfáticamente que: “La utilización del término “pueblos” en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.”⁵⁰

Por la falta de una definición precisa del concepto pueblo o pueblos en los instrumentos internacionales, durante más de una década prevaleció una discusión teórica y jurídica en torno al alcance de este concepto y el de autonomía.

5. La Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas

Buscando encontrar respuestas a estas disputas, del seno de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, que forma parte de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, surgiría un Grupo de Trabajo que desde 1982 se estuvo reuniendo en Ginebra. Su principal resultado fue la elaboración de un Proyecto de Declaración Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que requería ser aprobado por la Asamblea General de la ONU para que entrara en vigor.

El proyecto contenía disposiciones en las que se afirma que los pueblos indios son iguales a los demás pueblos en cuanto a dignidad y derechos; además de reco-

⁴⁸ Rodolfo Stavenhagen, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, CNDH, 2000, p. 52.

⁴⁹ “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” y “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Susana Thalía Pedroza de la Llave y Omar García Huante, comps., *op. cit.*, pp. 251-275 y 337-350.

⁵⁰ “Convenio (Núm.169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, en *ibid.*, t. 2, pp. 35-52.

nocerse como los demás pueblos, como diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales. Al mismo tiempo se incorporan aspectos que tienen que ver con su libre determinación y con la autonomía relacionada con el control de sus territorios y recursos y a disfrutar sus formas de vida, organización y cultura.⁵¹

Desde 1994, el proyecto de declaración se mantuvo entrampado al seno de la Comisión de Derechos Humanos, y siguió rediscutiéndose por la representación gubernamental, por ONG y dirigentes indígenas. Sería más de una década después, cuando finalmente la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el documento.

El jueves 13 de septiembre de 2007, en su sexagésimo primer periodo de sesiones, la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Aunque no todos los 192 países miembros del organismo internacional participaron en la votación, el texto fue aprobado en una sesión histórica con 143 votos a favor, 11 abstenciones y los votos en contra de las representaciones de Canadá, los Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda.⁵²

La *Declaración* está constituida de 46 artículos en los que se marcan los parámetros mínimos para el respeto a los derechos de los pueblos indígenas, dentro de ellos los relativos a la libre determinación, a la cultura propia, derechos educativos y a la organización, al desarrollo y al trabajo, a la propiedad de la tierra, el acceso a los recursos naturales de los territorios en los que se asientan y a un ambiente sano, a la no discriminación, entre otros.

Con su aprobación se termina una larga etapa de negociaciones al interior de organismos de Naciones Unidas, encaminada a proporcionar el reconocimiento de derechos para estas colectividades que constituyen un importante sector poblacional en muchas naciones del mundo.

Tal reconocimiento sin duda alguna potenciará las capacidades políticas de los pueblos indígenas para que al interior de los países en que viven, se realicen reformas legales y se definan políticas públicas encaminadas a establecer una nueva relación entre los Estados y los pueblos indígenas, que proporcionen soluciones a sus demandas de justicia y bienestar social.

⁵¹ "Proyecto de declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas. 1994", en: <http://www.inkarri.net/indio/ddhh/declar.htm>

⁵² La crítica y el voto en contra de estos cuatro países, a decir de sus representantes, era porque se daban poderes legales y de propiedad a los pueblos indígenas que eran excesivos. "ONU aprueba declaración sobre derechos indígenas", en: < <http://www.apiavirtual.com/2007/09/15/onu-aprueba-declaracion-sobre-derechos-indigenas/> >

IV. Conclusiones

Hemos visto en este breve ensayo cómo el concepto de derechos humanos es una categoría sobre todo ligada al tránsito a la modernidad en la vida humana y a la filosofía jusnaturalista. Aunque se pueden definir los derechos humanos como aquéllos inherentes a la naturaleza del hombre y que le dan dignidad y valor, su ejercitación sólo puede ser posible cuando tales derechos se materializan en disposiciones legales que permiten tutelarlos, poniendo cotos al poder frente a la libertad del individuo. De esta manera, el concepto es un concepto histórico y por lo mismo sus contenidos han ido cambiando en un sentido acumulativo a partir de la aparición del Estado nación moderno. De ahí que se hable de varias generaciones de derechos.

Los derechos de primera generación son sobre todo los derechos civiles: vida, libertad, seguridad, propiedad, etc. Los derechos de segunda generación, llamados también de participación y muy relacionados con los primeros en su creación histórica, son los políticos: libertad de expresión, de religión, de prensa, de asociación y sobre todo el derecho al sufragio, que permite reconocer el poder del ciudadano organizado para darse su propia forma de gobierno: la soberanía en el más alto sentido del término. Estos dos tipos de derechos corresponden con el llamado Estado liberal de derecho que predominó de los siglos XVIII a principios del XX.

Una tercera generación de derechos comprende derechos sociales, económicos y culturales, y están sobre todo relacionados con la necesidad de las sociedades de establecer controles y barreras a la expansión de un capitalismo voraz que destruía a las clases obreras y campesinas. Ello requirió la transformación del Estado liberal, abstencionista, no intervencionista en la vida social y económica, en un Estado social de derecho, activo y decidido a implementar medidas para resolver problemas sociales, económicos y culturales de la sociedad. Aquí se contemplan derechos tales como el de la organización sindical, el acceso a la educación gratuita, a la cultura, a un pedazo de tierra, etc., que fueron implementados sobre todo a principios del siglo XX como en el caso de la constitución mexicana de 1917, aunque la experiencia alemana de Bismarck en el último cuarto del siglo XIX es su principal antecedente. El tipo de estado que corresponde a esta época es el Estado social de derecho o estado de bienestar social.

También corresponde a este tipo de estado la llamada cuarta generación de derechos, todavía no definida claramente porque se debate en ella. Pertenecen a esta generación distintos grupos de derechos llamados de solidaridad o de los pueblos, como los relacionados con la protección del ecosistema y el patrimonio de la humanidad; los relativos a la necesidad de un estatuto sobre la vida humana de cara los importantes avances de la ciencia en campos antes no pensados en la historia del hombre y los relativos a los avances de la tecnología en áreas como la comunicación

y la información. Algunos de estos derechos reclamados recientemente son redefiniciones en las nuevas circunstancias históricas de derechos de anteriores generaciones.

Las generaciones de derechos no se han asentado de la misma manera en los distintos estados nacionales del mundo. Mientras algunos estados discuten cómo incorporar y tutelar nuevos derechos que se agrupan en una cuarta generación, en algunas regiones apenas se transita por las primeras generaciones de los mismos. Lo mismo sucede a nivel de los organismos internacionales, que han respaldado sobre todo los derechos de las dos primeras generaciones y de la cuarta, desatendiendo el carácter tutelado de los derechos de tercera generación: económicos, sociales y culturales, porque suponen fuertes erogaciones presupuestales de los Estados, relacionadas con políticas públicas de desarrollo; y en esto último la negativa de las élites dirigentes es crucial en el poco avance.

Dentro de los derechos de cuarta generación, podemos agrupar también a los derechos de los pueblos indios de América al disfrute de su cultura y a la autodeterminación.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aunque no tiene carácter vinculatorio, es considerada como derecho consuetudinario internacional, y establece, antes que los propios derechos individuales, el derecho de los pueblos a la libre determinación o autodeterminación. Se trata aquí de la concepción de la ONU, de una atribución de los conglomerados humanos que viven en los territorios antiguamente colonizados, para asumir una soberanía nacional; pero esta misma atribución se les ha negado a las llamadas “minorías”, pueblos desde el punto de vista sociológico —que comparten una serie de valores e identidades culturales tales como religión, lengua, tradición, etc.—, que viven en sociedades donde el control de los aparatos de Estado es patrimonio de otro pueblo o grupo con identidades diversas a aquéllos.⁵³

Por esta situación, en primer lugar no existía en los documentos de Naciones Unidas una definición clara del concepto de “pueblo”. En segundo lugar, las organizaciones indígenas venían insistiendo desde hace dos décadas en que se utilice el concepto de pueblos indios en documentos internacionales. En tercer lugar el convenio 169 habla de pueblos, pero señalando que se deslinda del uso dado a este concepto en el derecho internacional. En cuarto lugar, hay argumentos sólidos de naturaleza sociológica y cultural para que el concepto de pueblos sea utilizado en relación a las poblaciones indígenas. El temor de los estados americanos a utilizar el concepto sociológico de pueblos, está asociado al reclamo que se deriva de ese reconocimiento: el derecho a la libre determinación. Quinto: el temor deriva de la

⁵³ Rodolfo Stavenhagen, *op. cit.*, pp. 35-68.

creencia de que desencadenaría movimientos separatistas, pero esos temores son infundados, ya que la definición que los propios movimientos indígenas hacen de la autonomía como libre determinación, es entendida en los límites de Estados nacionales actualmente existentes. Conciben la autonomía más como la capacidad de autonomía regional o local y pugnan por una nueva relación con el Estado. Se trata de un concepto de autodeterminación interna y no externa; en donde la autonomía tiende a fortalecer la unidad nacional en vez de minarla. Varios países ya han establecido, como el caso de Nicaragua, regímenes autonómicos diversos, que son considerados como satisfactorios para todos los actores organizados.⁵⁴

Durante más de diez años, un grupo de trabajo surgido de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, discutió los términos de una propuesta de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indios, que finalmente fue consensada.

La creación del Consejo de Derechos Humanos, a principios del año 2006, por parte de las Naciones Unidas, que sustituye a la Comisión del mismo nombre, le dio mayor jerarquía en el orden internacional al tema de los derechos humanos. Ello ha permitido, que en su primera sesión en junio de ese mismo año adoptara el proyecto de *Declaración* mencionado antes, el cual por fue sometido finalmente tres meses más tarde a la consideración de la Asamblea General de la ONU. Superadas algunas diferencias que llevaron a realizar algunos pequeños ajustes al proyecto original para alcanzar los respaldos necesarios, finalmente fue aprobada el 13 de septiembre de 2007. Con ella, el paso para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indios en los Estados nacionales, parece estar cerca si se dispone de un instrumento que aunque no es tutelar todavía, sí contiene la fuerza moral y política para derribar barreras nacionales. Y para el caso de nuestro país, abre mejores posibilidades para posicionar el tema de nuevo en la agenda nacional, avanzar en una reforma más completa a nivel de la constitución que reconozca la personalidad jurídica de pueblos y comunidades indígenas, profundizar en la reforma a la legislación federal particular, reformar las constituciones locales en las dos terceras partes de los estados que aún no han incorporado la reforma federal de 2001 y hacer realidad el mandato constitucional de que estados y municipios asignen partidas específicas para la población indígena; mandato que se cumple de manera escasa en unos pocos estados y en ningún municipio revisado hasta la fecha por quien esto cierra.⁵⁵

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ Para una evaluación de los avances en la adecuación de la legislación federal y estatal a la reforma indígena que modificó la Constitución General de la República en 2001 y de la situación actual de los pueblos indios en México véase Moisés Jaime Bailón Corres, *Derechos indígenas en las entidades federativas*, México, CNDH, 2008, y Diódoro Carrasco Altamirano y Moisés Jaime Bailón Corres, coords., *¿Una década*

V. Bibliografía

- ALVARADO PLANAS, Javier, "Fundamentación historicista de los derechos humanos", Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH, 2004, pp. 61-91.
- BAILÓN CORRES, Moisés Jaime, *Derechos indígenas en las entidades federativas*, México, CNDH, 2008.
- BOBBIO, Norberto, "La revolución francesa y los derechos del hombre", *Foro*, núm. 12, Bogotá, junio de 1990.
- Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945*. <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/spanish/Sintro.html> (consultada el 30 de agosto de 2009).
- CARRASCO ALTAMIRANO, Diódoro y Moisés Jaime Bailón Corres, coords., *¿Una década de reformas indígenas? Multiculturalismo y derechos de los pueblos indios en México*, Cámara de Diputados / CNDH / IIHUABJO, 2009.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos del hombre*, Madrid, Reus, 1992.
- Constitución Española de 27 de diciembre de 1978*. <http://www.congreso.es/funciones/constitucion/indice.htm> (consultada el 21 de agosto de 2009).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, CNDH, 2009.
- "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917", *Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, México, INEHRM, 1960, pp. 1181-1222.
- "Convenio (Núm.169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes", Susana Thalía Pedroza de la Llave y Omar García Huante, comps., *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, México, CNDH, 2003, t. 2, pp. 35-52.
- CORREAS, Óscar, "Los derechos humanos subversivos", *Revista Jurídica Jalisciense*, año 2, núm. 4, Guadalajara, septiembre-diciembre de 1992, pp. 45-55.
- Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. 13 de septiembre de 2007*. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement> (consultada el 21 de agosto de 2009).
- "Declaración sobre Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 18 de diciembre de 1992", Jesús Rodríguez y Rodríguez, comp., *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, México, CNDH, 1998, t. 1, pp. 105-109.
- "Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales. Noviembre 25 de 1978", Susana Thalía Pedroza de la Llave y Omar García Huante, comps., *Compilación de instru-*

de reformas indígenas? Multiculturalismo y derechos de los pueblos indios en México, Cámara de Diputados / CNDH / IIHUABJO, 2009.

- mentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, México, CNDH, 2003, t. 1, pp. 143-151.
- "Declaración Universal de Derechos Humanos. Diciembre 10 de 1948", Jesús Rodríguez y Rodríguez, comp., *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, México, CNDH, t. 1, 1998, p. 19-24.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Versión comentada*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 1998.
- ESCALONA MARTÍNEZ, Gaspar, "La naturaleza de los derechos humanos", Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH, 2004, pp. 127-158.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, "Estado constitucional y protección internacional", Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH, 2004, pp. 231-280.
- coord., *Los derechos humanos en Europa*, Madrid, UNED, 2001.
- coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH, 2004.
- GROS ESPIELL, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Civitas, 1988.
- JELLINEK, George, *La declaración de los derechos del hombre y el ciudadano*, México, UNAM, 2000.
- JUÁREZ HERNÁNDEZ, Jaime, "Derechos humanos y garantías individuales (su defensa)", *Derechos y Humanos*, año 6, núm. 11, México, Federación Mexicana de Organismos Públicos de Protección y Defensa de los Derechos Humanos, 2001, pp. 25-33.
- MAQUEDA ABREU, Consuelo, "Los derechos humanos en los orígenes del Estado constitucional", Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH, 2004, pp. 159-205.
- MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, *La Europa de los derechos humanos*, Madrid, 1998.
- ONU aprueba declaración sobre derechos indígenas. <http://www.apiavirtual.com/2007/09/15/onu-aprueba-declaracion-sobre-derechos-indigenas> (consultada el 29 de septiembre de 2007).
- "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966", Jesús Rodríguez y Rodríguez, comp., *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, México, CNDH, 1998, t. 1, pp. 42-61.
- "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Diciembre 16 de 1966", Susana Thalía Pedroza de la Llave y Omar García Huante, comps., *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por México 1921-2003*, México, CNDH, 2003, t. 1, pp. 251-275.

"Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Diciembre 16 de 1966", Jesús Rodríguez y Rodríguez, comp., *Instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA*, México, CNDH, t. 1, 1998, pp. 30-41.

Proyecto de Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas. 1994. <http://www.inkarri.net/indio/ddhh/declar.htm> (consultada el 20 de junio de 2006).

Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 21 de junio de 2006. http://cdi.gob.mx/internacional/consejo_dh/declaracion_onu_pueblos_indigenas.pdf (consultada el 28 de agosto de 2006).

"Resolución 60/251 de 3 de abril de 2006 por la que se crea el Consejo de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la ONU", en http://cdi.gob.mx/internacional/consejo_dh/resolucion_60.251_sp.pdf (consultada el 28 de agosto de 2006).

ROCCATTI, Mireille, "Derechos humanos, pluriculturalismo e identidad cultural", Jorge Alonso et al., *El derecho a la identidad cultural*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas de la H. Cámara de Diputados, 1999, pp. 17-43.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús, comp., *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos ONU-OEA*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1998, 3 tt.

ROSANVALLON, Pierre, *La consagración del ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia*, México, Instituto Mora, 1999.

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, "Generaciones de derechos y evolución del Estado", Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Los derechos humanos en Europa*, Madrid, UNED, 2001, pp. 49-61.

STAIVENHAGEN, Rodolfo, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, CNDH, 2000.

———, *La cuestión étnica*, México, El Colegio de México, 2001.

Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos

*María Elena Lugo Garfías**

RESUMEN: El trabajo muestra que el Estado moderno estableció a los derechos civiles y políticos, pero que resultaron insuficientes para lograr una igualdad. Asimismo, que algunos de los derechos económicos, sociales y culturales fueron reconocidos en las Constituciones de ciertos estados, precediendo al Estado social de Derecho, sucesos que los reforzaron al integrarse en un rango constitucional. Finalmente, que los derechos humanos fueron universalizados en declaraciones y tratados internacionales incluyendo a los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo cumplimiento se encuentra en procesos de equilibrio con los civiles y políticos.

ABSTRACT: *These text shows that the modern state established civil and political rights, but that they were insufficient to achieve equality. Moreover, it also describes how some economic, social, and cultural rights were recognized in the constitutions of some states, preceding a social state of law, events that reinforced them by their integration into a constitutional rank. Finally, human rights were universalized in declarations and international treaties, including economic, social, and cultural rights whose fulfillment is in balance with civil and political rights.*

SUMARIO: Introducción. I. Los derechos del hombre y los derechos económicos y sociales en la forma de Estado. II. Universalización de los derechos del hombre, incluidos los económicos, sociales y culturales. III. Conclusiones. IV. Fuentes.

Introducción

Los derechos económicos, sociales y culturales siempre han sido objeto como derechos, ya que históricamente no fueron reconocidos en las constituciones a la par de los civiles y políticos porque su cumplimiento implica gasto público, sin embargo, diversos elementos permitieron que fueran establecidos en las Leyes Fundamentales de los países, e incluidos en la universalización de los derechos humanos, como en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y al elaborar tratados internacionales obligatorios se vigiló que fueran considerados, si

* Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

bien, en documentos separados, simultáneos en tiempo para efectos de reconocimiento.

La satisfacción de tales derechos ha sido limitada a diferencia de los civiles y políticos, pero se encuentran vigentes y en proceso de equilibrio en relación a la exigencia de su cumplimiento, por ejemplo, con el recién aprobado Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al menos, respecto a la posibilidad de presentar comunicaciones de personas o grupos de personas ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre un Estado violador de esos derechos, pudiendo hacerse acreedor a las recomendaciones correspondientes.

El reconocimiento en la historia se ha derivado de elementos como la forma de organización política, el Estado moderno y el Estado social. Su naturaleza jurídica ha sido determinada por los propios Estados al incluirlos en las Constituciones, con el estatus en la jerarquía de las normas que se ha creído conveniente, ya sea como derechos fundamentales, derechos constitucionales, garantías o principios.

Por lo que, el presente trabajo muestra que los derechos económicos, sociales y culturales fueron reconocidos en las Constituciones, algunos de ellos, antes de adoptarse el Estado social de Derecho, aunque reforzados teóricamente por esa forma de Estado y universalizados como derechos humanos en los instrumentos internacionales.

I. Los derechos del hombre y los derechos económicos y sociales en la forma de Estado

En el contractualismo los derechos del hombre se argumentaron para todos por igual,¹ al integrar el derecho adquirieron una categoría jurídica, se positivaron y a partir de ese momento, para que fueran eficaces debían tener ese estatus; aunque, en el Estado moderno se previeron diversos acotamientos, como la ciudadanía exclusiva del varón, blanco y propietario,² limitando a los que no reunían tales características, como las mujeres, los extranjeros³ y cierta población masculina.

¹ Declaración de Derechos de Virginia sección 1.2, Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América segundo párrafo, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, artículo 1o.

² Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, sección II, artículo 2 al 7, consultada en http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/constitucion_fr_1791.html el 16 de julio de 2009.

³ María José Añón Roig y José García Añón, *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 15 a 17.

En el aspecto filosófico político, el Estado liberal de Derecho es el primer modelo de este tipo, y reacciona contra el absolutismo y la concentración del poder en unas solas manos, “nace con la Revolución francesa y llega hasta la primera guerra mundial”,⁴ por las circunstancias socio económicas e ideológicas.

En el aspecto jurídico “libertad, seguridad y propiedad son los pilares. Los derechos reconocidos son los de la burguesía, derechos de libertad individual, derechos de defensa frente al Estado. ... La garantía de estos derechos se reduce a la reserva de la ley”,⁵ corresponden a los intereses del estrato social que impulsó el cambio.

Cuando el liberalismo estaba en proceso de desarrollo, la realidad evidenció que la igualdad sostenida en las primeras declaraciones de los derechos del hombre no estaba completamente reflejada. La filosofía política es nuevamente, la que abre camino por medio de la democracia y el socialismo.

Los procesos de industrialización, la acumulación de capital, el Estado de Derecho, el sistema parlamentario representativo, el movimiento obrero, la dignidad y los derechos del hombre contribuirán a construir la teoría de una nueva generación de derechos. El hecho socio económico sumado al orden jurídico evidencia las necesidades materiales que se transforman en intereses jurídicos y a su vez, en derechos económicos, sociales y culturales.

La clase trabajadora consigue su inclusión en el ejercicio del sufragio activo y con ello, en el disfrute de los derechos de solidaridad y de igualdad que se disponen en los documentos constitucionales y que atribuyen una función al poder público la de realizar acciones positivas y al derecho en las materias administrativa y laboral.

Así, el derecho al trabajo obtiene estatus jurídico, cuando además de la figura del arrendamiento de servicios como una capacidad de contratarse se tiene el contrato de trabajo en el que se identifica un mayor respeto a la persona que queda vinculada jurídicamente en la relación laboral y “la consideración del salario como medio de vida del trabajador y no como simple precio del trabajo”.⁶

En México, antes que el contrato individual derivado de una relación de trabajo reconocido por las leyes, existen antecedentes de tales relaciones jurídicas por medio de los contratos colectivos, casos aislados, como el de los mineros de Pachuca en 1875, el Reglamento de Trabajo de Hilados y Tejidos de Algodón de Puebla del 20 de noviembre de 1906 que inspiraría diversas acciones en materia laboral como el laudo del General Díaz en 1907 y la Convención Nacional Textil de 1925, los futuros contratos ley de industrias textiles en 1936.⁷

⁴ *Ibid.*, p. 19.

⁵ *Ibid.*, p. 20.

⁶ *Ibid.*, p. 26.

⁷ Arturo Fernández Arras, “La extinción como destino del Contrato Ley en México”, pp. 302, 309 y 310, consultado en <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1090/17.pdf>, el 30 de julio de 2009.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expedida el 5 de febrero de 1917 estableció en los artículos 4o. la libertad de trabajo, en el 5o. la prestación un trabajo personal plenamente consentido y con justa retribución, así, el contrato de trabajo le daría seguridad al trabajador en su dimensión de persona individual y social, lo que aunado al 123, fracción XXVII,⁸ que dispone una duración por el periodo convenido y el no implicar una alteración perjudicial al trabajador de sus derechos civiles y políticos, permite advertir la consideración de una base económica que soportara el ejercicio de derechos civiles y políticos, o bien, que un contrato de trabajo no implique su alteración. No obstante, que el tipo de Estado mexicano no se expresa como social y de derecho, ésta y otras prescripciones jurídicas permiten darle una característica social.

Así, el avance tecnológico no puede ser aislado debe ir a la par de la conciencia de las necesidades individuales y materiales, la cual se adquiere en el siglo XIX, primero por la persona obrera y luego por la comunidad. Los derechos de los trabajadores se empiezan a estructurar, dando lugar al salario justo como condición para el desarrollo de la vida del obrero y su familia y no solo como mercancía; también se reconocen los derechos a la libertad sindical, el derecho de huelga, etcétera.

En virtud de las necesidades socio económicas, en Europa se presentan las primeras versiones del Estado de Bienestar o compensatorio, específicamente, en Alemania con la legislación de Bismarck, la Ley del 15 de junio de 1883 que establecía un seguro obligatorio que cubriría riesgos en caso de enfermedad y la Ley de 1889 que establecía un seguro pagado en partes iguales por obrero y patrono y que cubriría los riesgos de vejez e invalidez⁹ y en Inglaterra con el informe de Beveridge, que formula un fondo de riesgos con aportaciones del trabajador y el capitalista como compensación.¹⁰

En 1919, cuando el socialismo se divide, por obra de Lenin, en comunismo y socialdemocracia, ésta última “conserva del socialismo marxista los programas amplios de beneficio social, pero mantiene la esencia del capitalismo”.¹¹

Los partidos socialdemócratas y demócrata cristianos conciben al Estado como social de Derecho, el cual se vería forzado a concretarse tras la devastación económica por dos guerras en Europa occidental.¹²

⁸ Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México 1808-2002*, México, Porrúa, 2002, pp. 819, 820 y 873.

⁹ John Kenneth Galbraith, *Historia de la economía*, 8a. ed., Madrid, Ariel, 1998, p. 229.

¹⁰ Dámaso Morales Ramírez, “La política social en la Unión Europea”, *Europa en transformación, procesos políticos, económicos y sociales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales / Universidad de Quintana Roo / Plaza y Valdés, 2000, p. 302.

¹¹ Víctor Manuel Durán, *El surgimiento del Estado social de Derecho*, consultado en <http://www.utal.org/movimiento/11c.htm> el 14 de julio de 2006.

¹² *Idem*.

En los Estados Unidos de América, tras la crisis económica de 1929, surge “una nueva concepción del Estado: la visión del Estado del New Deal, que fue implantado... por el Presidente Roosevelt”, influenciado por la obra de Keynes “El fin del dejar hacer” y “Teoría General del Empleo, del interés y de la Moneda”, al proponer “un papel más activo por parte del Estado, convirtiendo a éste en un ente generador de empleos a través de grandes inversiones públicas y además haciéndolo un agente protagónico en el proceso de redistribución de las rentas, a través de los impuestos progresivos”,¹³ la economía mixta con la participación de la iniciativa privada y el Estado, que traería consigo el Estado de bienestar en primer término para auxiliar a la fracción de la sociedad que no podía satisfacer por sí misma sus necesidades básicas.

En 1946, en la corriente neoliberalista Hayek se refiere a la planificación económica por el Estado, señala que el Derecho “se limita a fijar normas determinantes de las condiciones bajo las cuales pueden utilizarse los recursos disponibles, dejando a los individuos la decisión sobre los fines para los que serán usados”,¹⁴ en cambio, una planificación económica de tipo colectivista “tiene que atender a las necesidades efectivas de la gente a medida que surgen, y para esto ha de elegir deliberadamente entre ellas”,¹⁵ resultando en juego los intereses individuales y grupales.

Asimismo, explica que el avance de la tecnología elimina la competencia en la producción, lo que deja sólo dos opciones, el monopolio privado o la dirección del Estado, acentuando el comentario a decir de Karl Mannheim

lo único en que una sociedad planificada difiere de la del siglo XIX es que cada vez se sujetan a la intervención estatal más y más esferas de la vida social, y finalmente todas y cada una de ellas. Pero si la soberanía parlamentaria puede mantener unos cuantos controles, también puede mantener muchos...; en un Estado democrático la soberanía puede reforzarse ilimitadamente por medio de los plenos poderes sin renunciar a la fiscalización democrática.¹⁶

En este tenor, concluye que al estar bajo la dirección del Estado y con una planificación central, el proyecto económico del Estado restringe los derechos del hombre, ya que no pueden ser absolutos y ejemplifica con la Declaración de los Derechos del Hombre del señor H. G. Wells, quien refiere el derecho a comprar y vender, pero que él mismo invalida cuando precisa que, será sólo “de aquéllas cantidades y con aquéllas limitaciones que sean compatibles con el bienestar común”;¹⁷ o

¹³ *Idem.*

¹⁴ Friedrich A. Hayek, *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza Editorial, 2009, p. 106.

¹⁵ *Ibid.*, p. 107.

¹⁶ Karl Mannheim, *Man and Society in an Age of Reconstruction*, 1940, p. 340, citado por Hayek, p. 101.

¹⁷ *Ibid.*, p. 119.

bien, en el caso de la libertad de trabajo, que en caso de existir uno resulta muy abierta la asignación, o la libertad de prensa, cuando la oferta del papel y los canales de distribución los interviene el Estado.¹⁸ En efecto, tal visión de la planificación y la forma de operar las prescripciones jurídicas en un Estado de Derecho no pueden encajar perfectamente con lo que la situación económica de un país llega a ofrecer, porque no se trata de una operación matemática, sino de generar las condiciones para que funcione.

Por otro lado, los derechos humanos no son absolutos, sino relativos, por la cesión que se hace en espera del respeto recíproco y en cuanto a las condiciones para poder disfrutarlo hay que colocarse en ellas y si están obstaculizadas, exigir su cumplimiento, por lo que tal garantía debe existir para todos los derechos en cuestión y accesible a todas las personas.

En consecuencia, se busca la universalidad de los derechos humanos y Juan Antonio Travieso identifica los obstáculos para conseguirla, primero, el pensamiento liberal y la libertad impedían el desarrollo de la igualdad, y segundo, las guerras mundiales y la tecnología bélica; sin embargo, hubo desarrollo de tales derechos, los impulsos en el siglo XIX fueron: el colonialismo, la abolición de la esclavitud y la cuestión social, y en el siglo XX fueron: el constitucionalismo, su difusión y sus fuerzas opositoras, el nazismo y el facismo.¹⁹

La referencia a los totalitarismos es obligada porque no sólo consiste en una desconstitucionalización de los derechos del hombre que se habían incluido como uno de los fundamentos operadores del Estado a finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX, sino que los derechos que van violentándose por medio de la legislación italiana, alemana y rusa son los correspondientes a la vida y a la integridad física y psicológica, por lo que, tras lo vivido en los campos de concentración alemanes y rusos, era imprescindible el consenso entre los estados para respetar y cumplir tales derechos y para ello, definir su contenido,²⁰ incluyendo no sólo civiles y políticos, sino derechos económicos, sociales y culturales.

La influencia de las doctrinas sociales, políticas y económicas contribuyen a concebir en el orden legal la conciencia y protección del ser humano en su desenvolvimiento individual y social, al reconocer en sus necesidades individuales y materiales un interés jurídico.

Travieso contextualiza en el tiempo y las circunstancias provenientes de las guerras respecto al constitucionalismo y refiere que "las normas requieren una base

¹⁸ *Ibid.*, pp. 119 y 120.

¹⁹ Juan Antonio Travieso, *Historia de los derechos humanos y garantías. Análisis en la comunidad internacional y en la Argentina*, 3a. ed., Buenos Aires, Heliasta, 2005, pp. 189 y 190.

²⁰ *Vid. ibid.*, pp. 220 a 237.

en lo político económico y social, si los derechos humanos no están asentados sobre esos fundamentos se transforman en aspiraciones programáticas y producen frustraciones y violaciones cada día más atroces”.²¹

Asimismo, Manuel García Pelayo establece la diferenciación entre los fines del Estado moderno y un Estado social y democrático en torno a la consideración metafísica de la dignidad como fundamento de los derechos humanos, señalando que, si “los valores básicos del Estado democrático liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal a través del sufragio”,²² en cambio el Estado social y democrático complementa los derechos constitucionales referidos, al considerar la relación recíproca entre el individuo y a la sociedad en una base y contenido material, para afirmar que “mientras que en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada en supuestos económicos) es una condición para el ejercicio de la libertad”,²³ y ejemplifica, la seguridad jurídica y la igualdad se complementan con la seguridad de unas condiciones vitales mínimas.

En el siglo XIX la igualdad se prevé para evitar la discriminación, la cual evoluciona a la consideración de derechos universales y materiales que permitan a la persona el desarrollo de sus derechos.

Es así que, el hecho socio económico propicia que el Estado reconozca ese tipo de necesidades, que como intereses de las personas se establecen en el orden jurídico, adquiriendo una categoría en la jerarquía de las leyes que ha llevado a esos derechos a la perfección en su respeto y cumplimiento.

II. Universalización de los derechos del hombre, incluidos los económicos, sociales y culturales

En el siglo XX, existe una referencia sobre una Declaración Internacional de Derechos del Hombre, adoptada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión en Nueva York el 12 de octubre de 1929, cuyo preámbulo recuerda lo previsto en esa materia hasta ese momento y enfatiza la trascendencia de ampliar el espectro de protección de tales derechos al mundo y prevé en el artículo 1o. el igual respeto a la vida, la libertad y la propiedad sin discriminación, en el artículo 2o. la libertad de

²¹ *Ibid.*, p. 218.

²² Manuel García Pelayo, *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, t. II, p. 1603.

²³ *Idem.*

creencia que sea acorde con el orden público, en el artículo 3o. la libertad del empleo del idioma y su enseñanza, en el artículo 4o. el acceso a establecimientos de enseñanza pública y actividades económicas que no pueden condicionarse en elementos de discriminación, en el artículo 5o. la no discriminación de forma directa o indirecta y en el artículo 6o. la prohibición de retirar la nacionalidad por elementos de discriminación.²⁴

Dicho modelo, aunque escueto, tiene como objetivo eliminar la discriminación tanto en el ejercicio de derechos individuales como en actividades económicas y sociales y aun cuando no prospera refleja las principales reivindicaciones que exigían protección en ese momento.

Una vez creada la Organización de las Naciones Unidas (ONU), uno de sus órganos, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas instauró la Comisión de Derechos Humanos, cuya tarea fue presentar propuestas para la elaboración de una posible "Ley Internacional de los Derechos del Hombre".²⁵

René Cassin es un actor en la historia de la universalización de los derechos humanos, participó directamente en cada uno de los sucesos que dieron lugar a la conformación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), por lo que su opinión no sólo sobre la expedición de la misma sino del marco histórico a partir de la Primera Guerra Mundial en relación a la violación de derechos humanos es muy valiosa y en su relato expresa que hubo dificultades en la elaboración de la DUDH, refiriendo en primer término que esa tarea era algo nuevo para el grupo de trabajo "una declaración común para todos los pueblos del mundo".²⁶

La primera dificultad consistió en comprobar "la imposibilidad para unos y otros de pretender hacer prevalecer una doctrina metafísica o materialista".²⁷

La segunda dificultad se presentó en el primer periodo de sesiones, debido a que imperó el establecimiento del contenido de las primeras declaraciones, lo cual fue aceptado, enseguida, se empezaron a estudiar los derechos económicos y se continuó en el segundo periodo de sesiones. El delegado de la Unión Soviética convenció de incluir ese tipo de prescripciones a la par de la intervención del Estado.

En el tercer periodo de sesiones, se objetó "el carácter incondicional reconocido a aquéllos derechos que implican prestaciones de la colectividad... puesto que la

²⁴ Jacques Maritain, *Los derechos del hombre y la ley natural*, trad. de Héctor F. Miri, Buenos Aires, Leviatán, 1982, pp. 117-119.

²⁵ Resolución 43(II) Proyecto de declaración de derechos y libertades humanas fundamentales de la Asamblea General de la Quincuagésima reunión plenaria del 11 de diciembre de 1946.

²⁶ René Cassin, "El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal", *Veinte años de evolución de los derechos humanos, Seminario Internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 395.

²⁷ *Idem*.

satisfacción de esos derechos supone recursos suficientes en la Nación o colectividad garantizadora de los mismos”,²⁸ de lo que hubo discusión y propuestas, Cassin hizo la siguiente “todo hombre como miembro de la sociedad (ya no se trataba del individuo aislado, sino del hombre como ser social) tiene derecho a que su seguridad esté garantizada y a la satisfacción progresiva de sus necesidades económicas, sociales y culturales por el esfuerzo nacional e internacional”,²⁹ la señora Roosevelt pidió se adicionara el complemento que resolvía las preocupaciones de diversos Estados de la siguiente manera, “y dentro de los límites de los recursos de cada país”,³⁰ los países socialistas lo aprobaron, aunque estaba muy lejos del primer proyecto, pero logró el acuerdo tras la celebración de cien sesiones.³¹

No puede dejar de pensarse en el contexto socioeconómico derivado de una guerra mundial que implicaba una reconstrucción estructural, por lo que hay que tener presente, que tal compromiso no quería asumirse de esa manera.

La DUDH tiene dos características trascendentales a decir de Cassin, su amplitud y la universalidad conforme al siguiente argumento: “el individuo es miembro directo de la sociedad humana y que es sujeto directo del derecho de gentes. Naturalmente, es ciudadano de su país, pero también lo es del mundo, por el hecho mismo de la protección que el mundo debe brindarle”.³²

La DUDH fue aprobada por 48 votos contra ocho abstenciones, que no eran necesariamente negativas, de ahí la repercusión moral en las naciones, las abstenciones provenían de los países socialistas, una de África del Sur que no quería comprometerse a suprimir las discriminaciones raciales y otra posterior de Arabia Saudita que no quería admitir la posibilidad de la libertad de elegir religión.

Gabino Fraga reproduce un comentario de Justino Jiménez de Aréchaga relativo al grupo de trabajo de la DUDH, en éste participaron

[...] desde países aferrados al más ortodoxo liberalismo económico, hasta el bloque de naciones comunistas; desde los representantes de la más refinada cultura occidental, hasta las milenarias civilizaciones orientales; desde los pueblos que ya habían recorrido largas jornadas en la vía del proceso democrático, hasta los que iniciaban las duras etapas de su aprendizaje. De tal manera que todo se hacía polémico...³³

²⁸ *Ibid.*, p. 396.

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

³¹ Además de traducirse en el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

³² René Cassin, “El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal”, *Veinte años de evolución de los derechos...*, op. cit., p. 397.

³³ Gabino Fraga, “Protección Internacional de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana en el ámbito americano”, *Veinte años de evolución de los derechos humanos...*, op. cit., p. 596.

Explica que la pugna giró en torno al apoyo por parte de los países occidentales de la consideración de las libertades públicas individuales y los países socialistas respecto de los derechos económicos y sociales, de ahí la votación que Cassin refiere.

Cuando ya se había aprobado la DUDH, en la misma 183a. sesión plenaria de la Asamblea general el 10 de diciembre de 1948, esa la calificó de “un acto histórico, destinado a consolidar la paz mundial mediante la contribución de las Naciones Unidas a la liberación del hombre de la opresión y las restricciones injustificadas a que con demasiada frecuencia está sometido”,³⁴ para lo que, apegándose al artículo 56 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas deberán publicarla, distribuirla, expuesta, leída, y comentada en las escuelas y otros centros de enseñanza.

En la DUDH terminaron incluyéndose derechos económicos, sociales y culturales: a la seguridad social, al trabajo, a la libertad de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias en el trabajo, a la no discriminación en el trabajo, a la fundación de sindicatos y sindicarse, al descanso, al disfrute del tiempo libre, a la limitación razonable de la duración del trabajo, a las vacaciones periódicas pagadas, a un nivel de vida adecuado, a la salud, al bienestar, a la alimentación, al vestido, a la vivienda, a la asistencia médica, a los servicios sociales necesarios, a los seguros por desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, al cuidado y asistencia a la maternidad y la infancia, a la educación gratuita, a tomar parte libremente en la vida cultural, a la protección de los intereses morales y materiales por razón de las producciones científicas y literarias o artísticas de que sea autora,³⁵ los que constituyen los principales derechos económicos y sociales protegidos por el sistema internacional de los derechos humanos y por las Constituciones en el mundo.

Lo anterior, no fue una sorpresa para los Estados participantes, ya que este tipo de derechos no sólo los habían considerado los socialistas, tanto países de Europa Occidental como de América Latina ya los habían incluido en sus leyes fundamentales de la primera mitad del siglo XX, no con esa amplitud, pero si algunos de ellos, por ejemplo: Las Constituciones francesas de 1791, 1793 y 1848, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, las Constituciones rusas de 1918 y 1936, la Constitución de Weimar de 1919, la Constitución española de 1931, la Constitución italiana de 1947, la problemática ha radicado en su exigibilidad.

Una vez que tales derechos quedan enunciados en el documento consentido por el 86 % de los países participantes, se procede a la elaboración de los vinculatorios, con el fin de que los estados cumplan lo previsto en ellos.

³⁴ Resolución 217 (III) Carta Internacional de los Derechos del Hombre, D Publicidad que habrá de darse a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 183a. sesión plenaria, 10 de diciembre de 1948.

³⁵ Artículos 22 a 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Así, a decir de Augusto Cançado Trindade la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1951, decidió que se elaboraran dos Pactos el de derechos civiles y políticos y el de derechos económicos, sociales y culturales, lo cual pudo deberse a que los primeros requerían de los Estados partes una abstención que permitiría una cumplimentación observable a corto plazo, mientras que los segundos necesitaban que los Estados partes realizaran actividades que implicaban acciones positivas, desde planeación de políticas públicas hasta inclusión presupuestal de programas que permitieran su consideración, por lo que su ejecución sería a mediano y largo plazo.

Agrega, que quizá podía haber otras razones:

- El “grado o intensidad de las obligaciones generales que vinculan a los Estados Partes”³⁶ y
- Los sistemas de protección, “si debían ser garantizados frente o por el Estado”.³⁷

En la práctica, se elaboraron dos tratados internacionales, pero existen documentos que ratificaron una indivisibilidad entre los derechos humanos, incluyéndose los civiles, políticos, económicos, sociales o culturales.

La Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán de 1968 al revisar los avances en materia de derechos humanos, tras 20 años de expedida la DUDH, elaboró la Proclamación de Teherán, en la que declaró sus observaciones sobre los problemas que la ONU ha tenido para conseguir el respeto y cumplimiento de los derechos humanos, en particular respecto a los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales destacó su indivisibilidad en los siguientes términos:

[...] como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social.³⁸

³⁶ Antonio Augusto Cançado Trindade, *La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudios básicos de derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Comisión de la Unión Europea, 1994, t. I, p. 40.

³⁷ *Ibid.*, p. 42.

³⁸ Declaración 13 de la Proclamación de Teherán del 13 de mayo de 1968, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Organización de las Naciones Unidas, consultada en <http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=4052> el 31 de julio de 2009.

La resolución 32/130 de la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1977, en la cual decidió que “todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales”,³⁹ estableciendo como prioridad la promoción de “la dignidad plena de la persona humana y el desarrollo y el bienestar de la sociedad”,⁴⁰ exaltando al individuo como persona y como integrante de la sociedad.

Asimismo, al revisar la resolución de la Asamblea General de la ONU 421 (V) del 4 de diciembre de 1950, respecto del Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre, la misma refiere que debe seguir los principios de la DUDH, precisando que “por cuanto a la Declaración Universal considera al hombre como una persona a la cual pertenecen indudablemente libertades cívicas y políticas, así como derechos económicos, sociales y culturales”,⁴¹ los cuales “están vinculados entre sí y se condicionan mutuamente”⁴² y si estuviese privado de los últimos derechos no constituiría el “ideal de hombre libre”⁴³ que estima la DUDH, por lo que, decide que en el Pacto se incluyan los derechos económicos, sociales y culturales en forma que queden vinculados a las libertades cívicas y políticas.

La Comisión de Derechos del Hombre informa al Consejo Económico y Social sobre el Proyecto de Pacto de Derechos del Hombre, que en atención a la resolución 421 (V) de la Asamblea General hay ciertas implicaciones si se incluyen las libertades civiles y políticas y los derechos económicos, sociales y culturales en un solo documento, principalmente, porque “en esas disposiciones se prevén dos métodos diferentes de aplicación, sin indicar qué método o métodos han de aplicarse... consciente de las dificultades que pueden surgir de la inclusión en un solo Pacto de dos categorías diferentes de derechos y obligaciones”,⁴⁴ por lo que el Consejo invita a la Asamblea General a reconsiderar tal decisión.

La Asamblea General resuelve que, efectivamente, el Consejo pida a la Comisión de Derechos del Hombre redactar dos Pactos de Derechos del Hombre, uno de

³⁹ Resolución 32/130 Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, 105a. sesión plenaria, 16 de diciembre de 1977.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ Resolución 421 (V) Proyecto de Pacto Internacional de los Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre, 317a. sesión plenaria, 4 de diciembre de 1950.

⁴² *Idem.*

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ Resolución 384 (XIII) Informe de la Comisión de Derechos del Hombre (séptimo periodo de sesiones), Resoluciones del 29 de agosto de 1951, inciso C.

derechos civiles y políticos y uno de derechos económicos, sociales y culturales pero que puedan aprobarse simultáneamente.⁴⁵

En esta misma sesión plenaria, la Asamblea General toma otra resolución acerca de que la expresión derechos del hombre fuera sustituida por la de derechos humanos, que era la manejada por la Carta de la ONU en su edición en español, que además implicaba un contenido y una finalidad de amplio significado a diferencia de la otra, decidiendo que todos los documentos de trabajo de la ONU en español debían utilizar la expresión derechos humanos.⁴⁶

El 16 de diciembre de 1966, en la sesión plenaria de la Asamblea General se aprueba y se abre a firma y ratificación o adhesión: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁴⁷ los primeros dos tienen una entrada en vigor general a partir del 23 de marzo de 1976.

En efecto, los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales se establecen en documentos separados, no obstante, que los sucesos históricos demostraron que la causa de su rezago se debió al interés particular de los promotores liberales de los primeros y a que el reconocimiento Constitucional por los estados de los económicos y sociales fue producto del discernimiento teórico y crítico de los ya positivados y de la lucha social y política.

Asimismo, que la situación de la civilización de la humanidad, involucionada tras las dos guerras mundiales, urgía un mejor trato entre las personas, para lo que se requería un consenso mundial que frenara la pasión de los antivalores, en ese sentido, se logró por medio de la organización y el acuerdo respecto al contenido de los derechos que corresponden a todos los seres humanos. Los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales son derechos humanos.

Por último, que se vigiló que los derechos económicos, sociales y culturales quedaran incluidos en los tratados internacionales y ahora, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 2008 establece el modelo para la exigibilidad de cumplimiento de tales derechos, que se encuentra en proceso de im-

⁴⁵ Resolución 543 (VI) Redacción de dos proyectos de pactos internacionales de derechos del hombre, 375a. sesión plenaria, 5 de febrero de 1952.

⁴⁶ Resolución 548 (VI) Adopción en español del término derechos humanos en vez del término derechos del hombre, 375a. sesión plenaria, 5 de febrero de 1952.

⁴⁷ Resolución 2200 (XXI) Pactos Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1,496a. sesión plenaria, 16 de diciembre de 1966.

plementación, el cual, es similar al de los civiles y políticos, por lo que el camino se ha abierto, hay que terminarlo y transitarlo.

III. Conclusiones

1. El desenvolvimiento de las personas individual y socialmente ha evidenciado necesidades, las cuales, han sido identificadas como intereses de la sociedad.
2. La organización social, política y jurídica del Estado ha categorizado esos intereses como jurídicos, para hacerlos respetar por sus miembros y cumplir por el Estado.
3. La influencia de las doctrinas humanistas, sociales, políticas, jurídicas y económicas contribuyen a concebir la conciencia y la protección del ser humano en su desenvolvimiento individual y social, al reconocer en sus necesidades individuales y materiales un interés jurídico que es ordenado legalmente.
4. Los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales constituyen esos intereses y han sido reconocidos en el derecho interno como derechos constitucionales y como derechos humanos en el derecho internacional de los derechos humanos.
5. El reconocimiento que refiere el numeral que antecede, se ha generado de la forma de organización política, primero, del Estado moderno y luego, algunos derechos económicos y sociales ya habían sido establecidos en las Constituciones de ciertos países, precediendo al Estado Social, el cual termina por reforzarlos al ser previstos en ese rango.
6. Los derechos humanos son universalizados a partir de que las organizaciones internacionales de los Estados buscan su observancia por medio del respeto, e incluyen a los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos.
7. Los derechos económicos, sociales y culturales han sido establecidos en los tratados internacionales como derechos humanos, aunque, en forma separada de los derechos civiles y políticos por la forma de cumplimiento, pero, no cuestionando su naturaleza de derechos, ni el sujeto que debía respetarlos y cumplirlos o fiscalizar ese respeto y cumplimiento.
8. Los derechos económicos, sociales y culturales son derechos humanos y son derivados de la dignidad humana, en el concepto del derecho internacional de los derechos humanos. Los derechos económicos, sociales y culturales son garantías individuales y sociales y derechos establecidos en las Constituciones de los estados.

IV. Fuentes

Bibliografía

- AÑÓN ROIG, María José y José García Añón, *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudios básicos de derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Comisión de la Unión Europea, 1994, t. I.
- CASSIN, René, "El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal", *Veinte años de evolución de los derechos humanos, Seminario Internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.
- GALBRAITH, John Kenneth, *Historia de la economía*, 8a. ed., Madrid, Ariel, 1998.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- HAYEK, Friedrich A., *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza Editorial, 2009.
- MARITAIN, Jacques, *Los derechos del hombre y la ley natural*, trad. de Héctor F. Miri, Buenos Aires, Leviatán, 1982.
- MORALES RAMÍREZ, Dámaso, "La política social en la Unión Europea", *Europa en transformación, procesos políticos, económicos y sociales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales / Universidad de Quintana Roo / Plaza y Valdés, 2000.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2002*, México, Porrúa, 2002.
- TRAVIESO, Juan Antonio, *Historia de los derechos humanos y garantías. Análisis en la comunidad internacional y en la Argentina*, 3a. ed., Buenos Aires, Heliasta, 2005.

Resoluciones de órganos internacionales

- Resolución 43 (I) Proyecto de declaración de derechos y libertades humanas fundamentales de la Asamblea General de la Quincuagésima reunión plenaria del 11 de diciembre de 1946.
- Resolución 217 (III) Carta Internacional de los Derechos del Hombre, D Publicidad que habrá de darse a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 183a. sesión plenaria, 10 de diciembre de 1948.

Resolución 32/130 Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, 105a. sesión plenaria, 16 de diciembre de 1977.

Resolución 421 (V) Proyecto de Pacto Internacional de los Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre, 317a. sesión plenaria, 4 de diciembre de 1950.

Resolución 384 (XIII) Informe de la Comisión de Derechos del Hombre (séptimo período de sesiones), Resoluciones del 29 de agosto de 1951, inciso C.

Resolución 543 (VI) Redacción de dos proyectos de pactos internacionales de derechos del hombre, 375a. sesión plenaria, 5 de febrero de 1952.

Resolución 548 (VI) Adopción en español del término derechos humanos en vez del término derechos del hombre, 375a. sesión plenaria, 5 de febrero de 1952.

Resolución 2200 (XXI) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1,496a. sesión plenaria, 16 de diciembre de 1966.

Páginas web

Arturo Fernández Arras, "La extinción como destino del contrato ley en México", consultado en <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1090/17.pdf>.

Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, sección II, artículos 2 al 7, consultada en http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/constitucion_fr_1791.html el 16 de julio de 2009.

Declaración de Derechos de Virginia sección 1.2, Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América segundo párrafo, consultada en http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/WEB/materiales/constitucional/DECLARACIONESHISTORICAS/VIRGINIA.pdf.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, artículo 1o., consultada en <http://es.geocities.com/educaenvalores/paz/docs/textos/decrevfrancesa.htm>.

Declaración 13 de la Proclamación de Teherán del 13 de mayo de 1968, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Organización de las Naciones Unidas, consultada en <http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Textos&id=4052>

Víctor Manuel Durán, *El surgimiento del Estado Social de Derecho*, consultado en <http://www.utal.org/movimiento/11c.htm>.

La subjetividad jurídica del individuo: una visión desde el derecho internacional

Luis Benavides*

RESUMEN: Las especificidades del Derecho Internacional se han visto reflejadas no solo en los aspectos normativos sino también en el tratamiento que dicha disciplina ha dado a sus sujetos de derecho, en particular al individuo. Así, la evolución en la subjetividad jurídica del individuo ha ido aparejada del desarrollo de diversas ramas del DI como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, El Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional. Dicho desarrollo parece encaminarse hacia la creación de una nueva visión en la protección internacional del individuo que hemos denominado *corpus juris internacional de la protección del individuo*.

ABSTRACT: *The specificity in International Law is reflected not only in their normative aspects, but also in the treatment that this discipline has given to its subjects of law, particularly the individual. Thus, the evolution in the legal subjectivity of the individual has been concurrent with the development of specific branches of International Law, such as International Human Rights Law, International Humanitarian Law, and International Criminal Law. This development seems to point towards the creation of a new vision that we have called corpus juris international of the protection of the individual.*

SUMARIO: Introducción. I. Características del derecho internacional. 1. Funciones. 2. Sujetos. II. El individuo como sujeto de derecho internacional. 1. Individuo como objeto. 2. Individuo como sujeto. 3. Individuo con subjetividad internacional derivada. III. Principales ramas del derecho internacional protectoras del individuo. 1. Derecho internacional humanitario. 2. Derecho penal internacional. 3. Derecho internacional de los derechos humanos. 4. Hacia un *corpus juris* internacional de la protección del individuo. IV. Conclusiones.

Introducción

El presente trabajo tiene por objetivo hacer un breve análisis sobre la subjetividad jurídica del individuo a la luz del Derecho Internacional. Asimismo, a través del desarrollo de dicho análisis esbozar la posibilidad de un *corpus juris* de la protección del individuo como especie de visión del derecho internacional.

* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

La primera parte del trabajo es un análisis de las especificidades del Derecho Internacional, principalmente en cuanto a sus funciones y sujetos. Se traza la mecánica básica del sistema.

La segunda parte es un examen de las diversas posturas teóricas en cuanto a la subjetividad jurídica del individuo.

La tercera parte es un análisis de las tres principales ramas del Derecho Internacional que más han contribuido a la subjetividad internacional del individuo, a saber: el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional. Asimismo, se esboza la posibilidad de que estas tres ramas formen una nueva noción o visión de los derechos de la persona en el ámbito internacional, a esta visión la hemos denominado el *corpus juris de la protección de la persona humana*.

Por último, se hacen unas reflexiones finales al respecto.

I. Características del derecho internacional

El Derecho Internacional (DI) es un sistema jurídico específico caracterizado por la ausencia de órganos centralizados que ejerzan las funciones legislativas, judiciales y ejecutivas, y por los sujetos a los que se les aplica.¹

1. Funciones

Las funciones legislativas, judiciales y ejecutivas del sistema internacional están supeditadas a la voluntad de los Estados.² No existe un órgano supranacional general que goce de dichas funciones. Si bien las Naciones Unidas son la organización universal más importante de la comunidad internacional, no deja de ser una organización internacional creada por voluntad de las partes a la cual los Estados pueden adherirse o no.

Así, aún cuando las Naciones Unidas puede, en determinadas ocasiones, hacer valer sus decisiones por medio de la fuerza (véase capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas) sus decisiones son únicamente válidas para los Estados que son Parte de la

¹ Manuel Becerra Ramírez, *Derecho internacional público*, México, UNAM, 1991, pp. 11-12.

² “[...] ‘common consent’ could be said to be the basis of international law as a legal system”, Robert Jennings y Arthur Watts, *Oppenheim’s International Law*, vol. 1, parte 1, Nueva York, Longman, 1997, p. 14.

Carta de San Francisco y en la práctica, el ejercicio de esa facultad ejecutiva se encuentra sujeta a una valoración política que deja mucho al arbitrio e impunidad.³

Lo anterior no significa que las funciones antes descritas no existan, por el contrario, existen y pese a muchas de las críticas que se le haga al DI, es un sistema que funciona. Lo que sucede es que dichas funciones son ejercidas directa o indirectamente (vg. a través de organizaciones internacionales) por los Estados de una manera diferente de la que se lleva a cabo al interior de un Estado.⁴

La especificidad (creación y funcionamiento) del DI es debido a que se construyó en torno a la noción de Estado.

El Derecho Internacional clásico está basado en la lógica, producto de la llamada Paz de Westfalia, por la cual se crea un sistema en el que el Estado-nación es el centro de las relaciones internacionales y único sujeto de derecho internacional.⁵ Este sistema tiene como sustento a la soberanía⁶ manifestada en los principios de: soberanía territorial, igualdad soberana entre los Estados y en el de no intervención en los asuntos internos de los Estados.⁷ Es un sistema que se basa más en la autolimitación de los Estados que en el imperio de la ley. Bajo esta *óptica*, el Estado es más una entidad independiente que miembro de una comunidad.

Si bien el desarrollo del sistema internacional ha ido transformando el sistema de Westfalia esto no significa que haya desaparecido del todo.⁸ El Estado sigue ju-

³ Sobre el Consejo de Seguridad véanse, entre muchos otros, Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Portland, Hart Publishing, 2004, 432 pp.; David Malone, *The UN Security Council: From the Cold War to the 21st Century*, Londres, Lynne Rienner Publishers, 2004, 730 pp.

⁴ Malcolm N. Shaw, *International Law*, 3a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 6-10.

⁵ Sobre los orígenes del Derecho Internacional véase Wilhelm G. Grewe, *The Epochs of International Law*, trad. de Michael Byers, Berlín, Walter de Gruyter, 2000, 780 pp. La llamada Paz de Westfalia se refiere al sistema que surgió después de la que se considera la primera conferencia diplomática que puso fin en 1648 a una serie de conflictos en Europa. El sistema está basado principalmente en dos tratados firmados en Osnabruck y Münster con los que se dio fin a la guerra de 30 años en Alemania y a la guerra de más de 8 años entre España y los Países Bajos. Dicho proceso sentó las bases del sistema de derecho internacional estableciendo como sujeto único al Estado. Para consultar el texto en inglés véase: http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp

⁶ Sobre los orígenes del concepto de soberanía véase: Ronald A. Brand, "Sovereignty: The State, the Individual, and the International Legal System in the Twenty First Century", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 25, 2002, pp. 280-285. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1214210

⁷ Cf. art. 2 de la Carta de Naciones Unidas.

⁸ Quizá entre los primeros cambios en la concepción eurocéntrica del Estado-nación se dieron con: i) la Revolución Francesa, que significó el limitar aún más el poder del soberano pero al interior de su territorio y con respecto a sus propios súbditos, ii) la independencia de las colonias de América en el siglo XIX con ello el surgimiento de nuevos actores internacionales, y iii) las Conferencias de la Haya de 1899 y 1907 en donde participan en igualdad de circunstancias otros Estados fuera del ámbito europeo. De manera más reciente las nociones de Estado-nación y soberanía han ido disminuyéndose con el surgimien-

gando un papel preponderante en las relaciones internacionales pero ha dejado de ser, desde hace mucho tiempo, el único sujeto del sistema. Tampoco la noción de soberanía, principal característica del sistema clásico de DI, puede considerarse como absoluta, la evolución del derecho internacional en temas como derechos humanos⁹ y medio ambiente,¹⁰ han hecho que esta noción se diluya.¹¹

Según Friedmann, el sistema actual de derecho internacional se debate entre dos posturas o visiones del derecho, por una parte la de orientación-estatal y por otra la de orientación-sistémica.¹²

El choque entre estas dos visiones del derecho internacional forman parte de un proceso dialéctico por medio del cual el sistema de derecho internacional evoluciona de manera desordenada y en ocasiones caótica.¹³

2. Sujetos¹⁴

El Estado es el sujeto clásico de derecho internacional.¹⁵ Sin embargo, no es el único. A lo largo del desarrollo del derecho internacional han surgido otros tales como las

to de nuevos paradigmas en el derecho internacional como lo es en el campo del derecho internacional del medio ambiente y de los derechos humanos. Asimismo, el sistema económico preponderante, basado en la noción de globalización, ha efectivamente erosionado la noción de soberanía e individualismo característicos del sistema de Westfalia.

⁹ Louis Henkin, "That 'S' Word: Sovereignty, and Globalization, and Human Rights, etc.", *Fordham Law Review*, vol. 68, núm. 1, 1999, pp. 5-10. Disponible en: <http://law2.fordham.edu/publications/articles/500flspub11835.pdf>

¹⁰ Ver por ejemplo, Karen T. Litfin, *The Greening of Sovereignty in World Politics*, Cambridge, MIT Press, 1998, 344 p.

¹¹ De igual forma, problemáticas como el crimen organizado transfronterizo y los nuevos desarrollos en política internacional como el principio de proteger y la discusión sobre el derecho/obligación de intervención humanitaria, son aspectos que también han contribuido en la erosión del principio de soberanía. Sobre este último aspecto véase Elena Crespo Navarro, *Nuevas formas de protección del individuo en derecho internacional*, Valencia, Tirant Monografías, 2005, 403 pp.

¹² Es importante indicar que tanto la visión de orientación-estatal como la de orientación-sistémica coexisten como aproximaciones a las diferentes ramas del derecho internacional. Véase W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Nueva York, Columbia University Press, 1964, pp. 360-365.

¹³ Sobre el aspecto dialéctico del Derecho Internacional véase Philip Allott, "The Concept of International Law", en Michael Byers, *The Role of Law in International Politics Essays in International Relations and International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, pp. 76-81.

¹⁴ Para un análisis general sobre los sujetos de derecho internacional véase, entre otros, a Julio A. Barberis, *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, Tecnos, 1984, 204 pp.

¹⁵ Robert Jennings y Arthur Watts, *op. cit.*, parte 1, p. 16. Sobre la evolución de la personalidad legal en el DI véase las fuentes citadas por Cançado en A. A. Cançado Trindade, "The Emancipation of the Individual from His Own State: The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, 2005, p. 172, nota a pie 46.

organizaciones internacionales y se ha otorgado el reconocimiento de cierta subjetividad internacional hacia otras entidades como el Comité Internacional de la Cruz Roja, la Soberana Orden Militar de Malta, los Movimientos de Liberación Nacional, entre otros.¹⁶

En este sentido la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la reparación de daños sufridos al servicio de la Organización de Naciones Unidas indica la existencia de diversos sujetos de derecho internacional con características diferentes:

*The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States.*¹⁷

Entre los sujetos del derecho internacional más recientes se encuentra el individuo, cuya subjetividad internacional ha sido debatida pero que hoy, gracias al desarrollo de diversas ramas del derecho internacional, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha ido adquiriendo un estatus propio.

Algunos tratadistas argumentan que el concepto de soberanía está estrechamente relacionado con el individuo:

*Sovereignty is a concept fundamental to Western understanding of both domestic and international law. The king-as sovereign made, executed, and applied the law in his relationship with his subjects. When states make law, even law that governs their relationships with one another, that law has implications for individuals within those states and for individuals outside those states who may be affected by those relationships. Thus, any complete discussion of sovereignty-whether in the domestic or international context-must continue to deal with the rights and obligations of individuals as well as with rights and obligations of states.*¹⁸

Esta relación entre soberanía e individuo explicaría en cierto sentido la evolución que han tenido tanto los conceptos de soberanía como el de la personalidad jurídica del individuo tanto en el derecho como en las relaciones internacionales.

¹⁶ Para una análisis de otros sujetos de derecho internacional véase Modesto Seara Vázquez, *Derecho internacional público*, 14a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 110-132.

¹⁷ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, p. 178.

¹⁸ Ronald A. Brand, *op. cit.*, p. 286. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1214210

II. El individuo como sujeto de derecho internacional

La discusión doctrinal en torno a la subjetividad internacional del individuo ha girado normalmente en torno a tres posturas.¹⁹

1. Individuo como objeto

Consideran que la comunidad internacional está formada únicamente por Estados ya que son estos los que crean, interpretan y aplican el derecho internacional.²⁰ Los individuos son por lo tanto meros objetos²¹ que requieren del Estado para que su subjetividad sea reconocida. Cançado Trindade lo explica así:

*The beginning of the personification of the State [...] in the domain of international law took place, in the mid-XVIII century with the work of E de Vattel [...] the emphasis on State personality and sovereignty led to the conception of an international law applicable strictly to the relations among States [...] this was a reductionist outlook of the subjects of the law of nations, admitting only and exclusively the States as such.*²²

Manner critica esta teoría diciendo que: *"this doctrine is not only odd, but illogical or unrealistic and immoral because it treats [...] a person [...] as a mere thing in international law."*²³

¹⁹ Para una visión general sobre la subjetividad internacional del individuo véase Juan Pablo Pérez-León, "El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 8, México, 2008, pp. 599-644.

²⁰ Entre los positivistas se encuentran: Tiepel, Anzilotti, K. Strupp, E. Kaufmann, R. Redslob y los entonces soviéticos Korovin y Krylov, véase A. A. Cançado Trindade, "The Emancipation of the Individual from His Own State: The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations-2", *op. cit.*, pp. 171-172. "The positivist definition of international law has had an enormous impact on modern perceptions concerning the individual and international law [...] the theory rejects the notion that individuals are proper subjects of international law". M. W. Janis, "Individuals as subjects of international law", *Cornell International Law Journal*, vol. 17, 1984, pp. 63-64.

²¹ "[...] the object theory of the individual in international law predicates first, that the individual is not a subject or person of this law; that he has no rights and duties whatsoever under it or that he cannot invoke it for his protection nor violate its rules. Secondly, [...] the individual is but a thing from the point of view of this law [...] has no international right or claim against States to be made". George Manner, "The object theory of the individual in international law", *American Journal International Law*, vol. 46, núm. 3, 1952, p. 428. Para una extensa bibliografía al respecto véase *ibid.*, pp. 428-430.

²² A. A. Cançado Trindade, "The Emancipation of the Individual from His Own State: The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", *op. cit.*, p. 169. Sobre Vattel véase Emmanuelle Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, París, Pedone, 1998, 490 pp.

²³ George Manner, *op. cit.*, p. 430.

2. Individuo como sujeto

Son de la opinión de que los Estados son solo ficciones creadas por el hombre para cumplir con ciertos objetivos.²⁴ En esta concepción, el individuo es el destinatario último de la norma y por ende el verdadero sujeto de derecho internacional.²⁵

Es interesante notar que Kelsen, muy probablemente el más importante de todos los positivistas, tuviera una postura subjetivista, al respecto Kelsen señala:

*The traditional doctrine that only states, not individuals, are the subjects of international law means that the personal sphere of validity of the international legal order is limited. [...] This doctrine is incorrect. The subjects of international law are –like the subjects of national law– individual human beings. [...] human beings are also directly and individually subjects of obligations, responsibilities, and rights established by international law.*²⁶

3. Individuo con subjetividad internacional derivada

En esta postura se considera que si bien los Estados son los sujetos que crean las normas no son a los únicos a los que éstas van dirigidas ya que los individuos también son destinatarios de derechos y obligaciones internacionales,²⁷ particularmente en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional.²⁸

El individuo, como sujeto de derecho internacional, goza de las capacidades de goce y de ejercicio, esta última limitada.²⁹

²⁴ Entre los subjetivistas se encuentran: Leon Duguit, G. Jèze, H. Krabbe, N. Politis y G. Scelle. Véase A. A. Cançado Trindade, "The Emancipation of the Individual from His Own State: The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", *op. cit.*, p. 172.

²⁵ George Manner, *op. cit.*, pp. 433-435.

²⁶ Hans Kelsen, *Principles of International Law*, The Lawbook exchange, Ltd, New Jersey, 2003, pp. 114-115. Véase también A. A. Cançado Trindade, "The Emancipation of the Individual from His Own State: The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", *op. cit.*, p. 170.

²⁷ "States may treat individuals and other persons as endowed directly with international rights and duties and constitute them to that extent subjects of international law [...] states may confer upon them the right of direct access to international tribunals". Robert Jennings y Arthur Watts, *op. cit.*, parte 1, pp. 16-17. Notas a pie omitidas.

²⁸ Algunas de las normas que van dirigidas a los individuos son la piratería, la esclavitud, el espionaje, la protección de minorías, y crímenes internacionales. Ver también Modesto Seara Vázquez, *op. cit.*, p. 120.

²⁹ "Clearly, the international legal status of individuals is unique: they have a lopsided position in the international community [...] while States have international legal personality proper, individuals possess a limited locus standi in international law." Antonio Cassese, *International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 85. "[...] la persona humana tiene una subjetividad internacional acti-

La capacidad de goce está reflejada en un amplio número de instrumentos internacionales tanto de carácter convencional como declarativo,³⁰ al igual que de normas de carácter consuetudinario.³¹ Aunque sea obvio, es importante reiterar que dichas normas son creadas por los Estados, si bien también es importante reconocer que en muchas ocasiones son originadas por otros actores, entre ellos las organizaciones no gubernamentales.³² De igual manera estos otros actores contribuyen a la formación de una cierta *opinio juris* de la comunidad internacional.³³

En cuanto a la capacidad de ejercicio ésta se entiende como la capacidad que tiene el individuo no solo de llevar a cabo sus derechos sino de hacerlos valer, de manera directa, ante una jurisdicción internacional. A esta última posibilidad se le denomina capacidad procesal.³⁴ Nuevamente, es importante indicar que esta capacidad de ejercicio y en particular la capacidad procesal del individuo es una capacidad que el Estado tiene expresamente que reconocer a fin de que sus nacionales puedan demandarlo ante una instancia internacional.³⁵

va, pero de carácter limitado y funcional, aunque en continuo aumento, en la medida en que se amplía su capacidad procesal para reclamara por la vía internacional contra el Estado presuntamente responsable de la violación de alguno de sus derechos". Carlos Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2002, p. 120. "It is no longer possible as a matter of positive law, to regard states as the only subjects of international law, and there is an increasing disposition to treat individuals, within a limited sphere, as subjects of international law". Robert Jennings y Arthur Watts, *op. cit.*, partes 2-4, Nueva York, Longman, 1997, pp. 848-849. Notas a pie omitidas. Es interesante notar que durante mucho tiempo Oppenheim era de la idea de que únicamente los Estados eran sujetos de derecho internacional.

³⁰ Ver, por ejemplo, Daniel O'Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, 1064 pp.

³¹ Muchas de estas normas de carácter consuetudinario son de carácter penal internacional. Véase también Antonio Cassese, *op. cit.*, pp. 79-80.

³² Christiana Ochoa, "The individual and customary international law formation", *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, 2007, pp. 154-155.

³³ Respecto de la participación de algunos autores en el proceso de creación de normas consuetudinarias véase por ejemplo, *ibid.*, pp. 121-186.

³⁴ Ver, en general, A. A. Cançado Trindade, *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, *passim*.

³⁵ Sobre algunos de los antecedentes del ejercicio procesal internacional de los individuos Pérez-León señala: "Como primeros hitos tenemos a la Convención XII de la Segunda Conferencia de Paz de la Haya que creó un Tribunal Internacional de Presos. Este tribunal fue diseñado para admitir las reclamaciones de ciertos individuos con nacionalidad de un Estado beligerante o neutral. También tenemos a la extinta Corte de Justicia Centroamericana, que poseía la facultad para recibir demandas de individuos, luego del agotamiento de los recursos internos, y que llegó a conocer cinco casos. En el periodo de entreguerras, se produce la creación de Tribunales Arbitrales Mixtos, como en el caso de la Primera Guerra Mundial entre las potencias aliadas y asociadas y Alemania, por los tratados de paz donde los individuos podían presentar reclamaciones. Otro ejemplo, en la era de la Sociedad de las Naciones, fueron los sistemas de las minorías. En este caso, una de las vías procesales se sustentaba por el derecho concedido a los miembros de las minorías lesionadas de llevar sus peticiones ante la Secretaría de la Sociedad de las

En conclusión, podemos señalar que así como el sistema jurídico internacional posee características específicas lo mismo ocurre con sus sujetos. Todos los sujetos de DI poseen una subjetividad internacional diferente, la más completa es obviamente la de los Estados, pero todos los demás sujetos son, de una u otra forma, creadores y destinatarios de derechos y obligaciones. En la medida en que se reconozca la participación de todos los sujetos, pero en particular la de los individuos, en la transformación del derecho internacional, en esa medida tendremos instituciones que respondan a las necesidades verdaderas de los individuos.³⁶

III. Principales ramas del derecho internacional protectoras del individuo

De acuerdo con Dinah Shelton son tres las principales áreas que ayudaron a la transformación de la subjetividad internacional del individuo: “procedural standing, substantive rights, and obligations imposed by international law”.³⁷ En nuestra opinión, estos tres aspectos se ven reflejados claramente en el desarrollo en los últimos años del Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y el Derecho Penal Internacional.³⁸

Naciones. Tales antecedentes precedieron al desarrollo de la dimensión activa de la subjetividad jurídica del individuo en el plano internacional, cuyo avance se dio de manera notable luego de la Segunda Guerra Mundial. Esta evolución se reflejó de manera especial en el progreso del sistema universal y de los sistemas regionales de protección de derechos humanos”. Juan Pablo Pérez-León, *op. cit.*, pp. 614-615. Notas a pie de página omitidas.

³⁶ “[...] the most important developments in international law in the new century will not be in state-state relationships but rather in the status and rights of the person in international law. In the twentieth century, the process of globalization in many ways brought us back to the importance of the individual in determining both what sovereignty is and its proper exercise by those acting on behalf of states”. Ronald A. Brand, *op. cit.*, p. 280. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1214210

³⁷ Dinah Shelton, “A just world under law: an African perspective on the status of the individual in international law. The Status of the Individual in International Law”, *Proceedings of the One Hundredth Annual Meeting of the American Society of International Law: A Just World Under Law*. Disponible en <http://find.galegroup.com/itx/infomark.do?&contentSet=IAC-Documents&type=retrieve&tabID=T002&prodID=SPJ.SP00&docId=A158958098&source=gale&srcprod=SP00&userGroupName=cndh&version=1.0>

³⁸ “En la afirmación de la subjetividad del individuo en el plano internacional, ha contribuido el desarrollo tanto del derecho penal internacional como del derecho internacional de los derechos humanos y el internacional humanitario”. Juan Pablo Pérez-León, *op. cit.*, p. 605. Notas a pie omitidas.

1. Derecho internacional humanitario

Una de las primeras áreas en las que el individuo adquiere su subjetividad internacional es en el Derecho de la Guerra, hoy en día conocido como Derecho Internacional Humanitario.³⁹

Los Convenios de Ginebra, sus Protocolos⁴⁰ y las normas consuetudinarias⁴¹ en la materia constituyen lo que hoy se considera como Derecho Internacional Humanitario. Su objetivo es humanitario ya que se busca proteger de manera particular a las personas que no participan en las hostilidades como son los civiles, el personal sanitario, o miembros de organizaciones humanitarias, y a los que ya no pueden continuar en las hostilidades como son los heridos, enfermos, náufragos, y prisioneros de guerra.

Asimismo, los Convenios y sus Protocolos establecen que se deben tomar medidas para prevenir o poner fin a cualquier violación de los mismos.⁴² Establecen además una lista de normas que son de particular interés para el sistema de protección de los Convenios de Ginebra, son las denominadas “infracciones graves”.⁴³ Se

³⁹ Para una visión general sobre el Derecho Internacional Humanitario véase Robert Kolb y Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Portland, Hart Publishing, 2008, 348 pp.

⁴⁰ I. Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; II. Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar; III Convenio de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; IV. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; Protocolo I. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8 de junio de 1977; Protocolo II. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 8 de junio de 1977; y Protocolo III. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al emblema distintivo nacional, 8 de diciembre de 2005.

⁴¹ Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck, eds., *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, vols. I y II, Cambridge University Press, 2005. Véase también Jean-Marie Henckaerts, “Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario. Una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, 2007, pp. 513-563.

⁴² Por ejemplo, los convenios de Ginebra establecen la obligación a todos los Estados partes de observar su cumplimiento pero también hacer que otros observen dicho cumplimiento. Por ejemplo, art. 1 - Respeto del Convenio I. “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”. Énfasis añadido.

⁴³ “Infracciones graves especificadas en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 son (arts. 50, 51, 130 y 147, respectivamente): homicidio intencional; - tortura o tratos inhumanos; - experimentos biológicos; - causar deliberadamente grandes sufrimientos - atentar gravemente contra la integridad física o la salud; - destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente (esta disposición no está incluida en el art. 130 del III Convención de Ginebra).

debe buscar, enjuiciar o extraditar a los autores de infracciones graves, sea cual sea su nacionalidad.⁴⁴

Infracciones graves especificadas en el III y el IV Convenios de Ginebra de 1949 (arts. 130 y 147, respectivamente) - el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga; - el hecho de privar intencionalmente a un prisionero de guerra o a una persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones de los Convenios.

Infracciones graves especificadas en el IV Convenio de Ginebra de 1949 (art 147): - la deportación o el traslado ilegal; - la detención ilegal de una persona protegida; - la toma de rehenes.

Infracciones graves especificadas en el Protocolo adicional I de 1977 (art. 11 y art. 85): - poner gravemente en peligro, mediante una acción u omisión deliberada, la salud o la integridad física o mental de las personas en poder de la parte adversa o que estén internadas, detenidas o privadas de cualquier otra forma de libertad a causa de un conflicto armado, en particular las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científicos, las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes que no estén indicados por su estado de salud o que no estén de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los ciudadanos no privados de libertad de la parte que realiza el acto;

Cuando se cometan intencionalmente y si causan la muerte o atentan gravemente a la integridad física o a la salud: - hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles; - lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos; - lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos; - hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas; hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate; - hacer uso perverso del signo distintivo de la cruz roja y de la media luna roja o de otros signos protectores;

Cuando se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios o del Protocolo: - el traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio; - la demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles; - las prácticas del *apartheid* y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal; - el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se les haya conferido protección especial, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o utilizados por la parte adversa en apoyo de su esfuerzo militar; - el hecho de privar a una persona protegida por los Convenios y el Protocolo I de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente". Véase <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5tdll7?opendocument>

⁴⁴ Este es el principio *aut dedere aut judicare* que de acuerdo a los Convenios de Ginebra indica que: "Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes." Cf. arts. 49, 50, 129, 146, de los Convenios I-IV y el artículo 85 del protocolo Adicional I.

Así el individuo en el Derecho Internacional Humanitario no sólo goza de la protección del mismo sino que es destinatario de obligaciones claras y precisas que pueden acarrear su responsabilidad penal como veremos más adelante.

2. Derecho Penal Internacional

En nuestra opinión, el Derecho Penal Internacional surge de la necesidad de fincar responsabilidad a los individuos que cometen crímenes internacionales.⁴⁵ Es la conjunción del Derecho Internacional Humanitario, en algunas de sus normas sustantivas como los crímenes de guerra, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, principalmente en los aspectos procesales.

Consideramos que el punto de quiebre para la consideración de la personalidad jurídica internacional del individuo se dio precisamente con la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945, al determinar la responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes internacionales, independientemente del cargo que pudiera tener dentro de la estructura del Estado, borrando cualquier tipo de inmunidad y de ficción que pudiese tratarse de un acto de Estado y no de un acto humano punible.⁴⁶ Así, en su famoso *dictum* el Tribunal señaló: "*Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced*".⁴⁷

La determinación de la responsabilidad penal individual de carácter internacional representó un hito en la historia ya que reforzó la personalidad internacional del individuo.⁴⁸ Hoy en día es posible juzgar a individuos por la comisión de crímenes

⁴⁵ Para una visión general del DPI véase Javier Dondé Matute, *Derecho penal internacional*, México, Oxford University Press, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 2008, 202 pp.

⁴⁶ Es importante recordar que al final de la Primera Guerra Mundial se estableció en el Tratado de Versalles la posibilidad de juzgar a los jefes de Estado, de manera particular al Káiser Guillermo II de Alemania, sin embargo el Káiser escapó a Holanda y nunca fue juzgado. Cf. arts. 227-229 del Tratado de Versalles, véase también Lyal Sunga, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Dordrecht / Boston / Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 22.

⁴⁷ Judgment of the International Military Tribunal of Nuremberg, *American Journal of International Law*, vol. 41, núm. 1, 1947, p. 221.

⁴⁸ Es importante también destacar la participación de las víctimas en los procesos criminales ante instancias internacionales, pero de manera particular ante la Corte Penal Internacional (CPI) que incluso tiene un fondo fiduciario para cuestiones de reparación de las víctimas. Cf. art. 79 del Estatuto de la CPI.

internacionales principalmente genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra,⁴⁹ tanto ante jurisdicciones internacionales como locales.⁵⁰

En este mismo sentido Cançado Trindade señala:

*Contemporary developments in international criminal law have, in fact, a direct incidence in the crystallization of both of the international individual penal responsibility (the individual subject, both active and passive, of international law, titulaire of rights) as well as bearer of duties emanated directly from the law of nations (droit des genes), as well as the principle of universal jurisdiction.*⁵¹

Otro aspecto importante que el Tribunal de Nuremberg destaca es la capacidad pasiva de los individuos a ser destinatarios de obligaciones internacionales independientemente de sus vínculos con el Estado: “[...] *individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience impose by the individual State. He who violates the laws of war cannot obtain immunity while acting in pursuance of the authority of the State*”.⁵²

Obviamente la obligación internacional de no cometer crímenes internacionales está también dirigida a los Estados.⁵³

⁴⁹ Otros crímenes internacionales clásicos son la piratería y el comercio de esclavos. Ver, por ejemplo, Luis Benavides, “The universal jurisdiction principle: Nature and scope”, *Anuario Mexicano de Derechos Humanos*, vol. 1, México, 2000, pp. 42-46.

⁵⁰ El establecimiento en los últimos veinte años de Tribunales *ad hoc* como los de Ruanda y la ex Yugoslavia, de tribunales mixtos como el de Sierra Leona y el primer tribunal penal permanente como la Corte Penal Internacional, constituyen un avance en la lucha contra la impunidad. Para una visión general de los diferentes tipos de tribunales criminales internacionales véase The Project on International Courts and Tribunals disponible en: <http://www.pict-pcti.org/index.html>. Para una visión general sobre el ejercicio de la jurisdicción universal véanse, entre otros, Luis Benavides, *op. cit.*, pp. 19-96, y Luc Reydam, *Universal Jurisdiction. International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 286 pp.

⁵¹ A. A. Cançado Trindade, “The Emancipation of the Individual from His Own State: The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations”, *op. cit.*, p. 195.

⁵² “Judgment of the International Military Tribunal of Nuremberg”, *American Journal of International Law*, vol. 41, núm. 1, 1947, p. 223.

⁵³ Cf. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1996, p. 595 Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina) Judgment, ICJ Reports, 2003.

3. Derecho internacional de los derechos humanos

Es importante señalar que desde finales del siglo XIX y principios del XX el individuo venía jugando un papel importante en las relaciones internacionales por ejemplo, en cuestiones como la lucha contra la esclavitud,⁵⁴ la protección de minorías, la creación del sistema de mandatos por la Sociedad de Naciones.⁵⁵ Estos ejemplos serían los antecedentes del derecho internacional de los refugiados y de los migrantes, entre otras áreas del DI. Dichos esfuerzos irían abonando en la construcción de los derechos humanos.⁵⁶

Sin embargo, no es sino después de la Segunda Guerra Mundial que el individuo adquiere un papel más determinante en las relaciones internacionales y que empieza a consolidarse como sujeto de derecho internacional. La comunidad internacional se da cuenta que es importante establecer límites al ejercicio del Estado y crear un marco jurídico de protección de las personas. Visscher así lo señala:

*La reconnaissance et le respect des droits inhérents à la personne humaine, que doit servir et non asservir l'État, sont intimement liés au progrès du Droit des Gens [...] Un ordre juridique efficace entre États est inséparable du respect de la personne humaine dans l'ordre interne de chaque État [...] Affirmer le respect des droits de la personne humaine sans en assurer l'efficacité par des mesures effectives de garantie et de contrôle est insuffisant aussi bien dans l'ordre international que dans l'ordre interne.*⁵⁷

El desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a partir del establecimiento de la Organización de las Naciones Unidas,⁵⁸ la cual a través de sus múltiples instrumentos y maquinaria institucional ha establecido los estándares en

⁵⁴ Uno de los primeros ejercicios de protección de los derechos humanos se llevó a cabo en el siglo XIX en la lucha contra la esclavitud. Para un análisis general sobre dicho tema véase Jenny S. Martinez, "Antislavery Courts and the Dawn of International Human Rights Law", *Yale Law Journal*, vol. 117, núm. 4, 2008, pp. 550-641.

⁵⁵ George Manner, *op. cit.*, pp. 435-37.

⁵⁶ Para una visión del papel del individuo en el derecho internacional desde inicios del siglo XX a la Segunda Guerra Mundial a través de diversos autores, véase A. A. Cançado Trindade, "The Emancipation of the Individual from His Own State: The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", *op. cit.*, pp. 179-186.

⁵⁷ Charles Visscher, *Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international*, Report, Institut de Droit International, 1947. Disponible en: http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1947_lau_01_fr.pdf

⁵⁸ "La proclamación de la dignidad intrínseca de la persona y de los derechos que le son inherentes en la Carta de las Naciones Unidas constituyó una importante transformación del Derecho Internacional [...] en adelante la persona no podía ser considerada como un mero objeto del orden internacional". Juan A. Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 177. La Carta de Naciones Unidas posee varias referencias a los derechos humanos por ejemplo: "Preámbulo

la materia, teniendo asimismo un efecto muy importante en la creación regional de sistemas de promoción y respeto de derechos humanos, es un factor de suma importancia.⁵⁹

Para Cançado Trindade el punto de inflexión en cuanto a la personalidad jurídica internacional del individuo es el reconocimiento de *jus standi*⁶⁰ del propio individuo para acceder a la protección jurisdiccional internacional de sus derechos humanos.⁶¹

En nuestra opinión, es importante hacer notar que dicha capacidad procesal del individuo es una capacidad, otorgada o reconocida según se quiera ver, por el Estado al individuo, al establecer esa posibilidad en instrumentos internacionales como por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶²

[...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas,

Art. 1. Los propósitos de las Naciones Unidas son: [...] 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión;"

⁵⁹ Para una visión general sobre derechos humanos y Naciones Unidas véase Carlos Villán Durán, *op. cit.*, pp. 569-822; Frank Newman y David Weissbrodt, *International Human Rights: Law, Policy, and Process*, 2a. ed., Cincinnati, Anderson Publishing, 1996, 834 pp.; Juan A. Carrillo Salcedo, *op. cit.*, pp. 29-68.

⁶⁰ Cassese indica que esta capacidad procesal está sujeta a ciertas limitaciones. 1) En muchos tratados sólo se le autoriza al individuo a presentar una queja sin la posibilidad de participar directamente en el procedimiento, 2) Este es un derecho establecido por tratados por lo que sólo es válido para los nacionales de los Estados Parte al tratado y para la materia en la que versa el tratado, y 3) muchos de los procedimientos internacionales no tienen la misma obligatoriedad que los procedimientos internos. Cf. Antonio Cassese, *op. cit.*, pp. 82-84.

⁶¹ A. A. Cançado Trindade, "The Emancipation of the Individual from His Own State: The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", *op. cit.*, pp. 191, 199-203. Véase también del mismo autor A. A. Cançado Trindade, *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, *op. cit.*, pp. 64-65, pp. 41-76. Ver también A. A. Cançado Trindade, "Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI. Memoria del Seminario* (Nov. 1999), vol. I, 2a. ed., Costa Rica, 2003, pp. 3-68. Véase también Opinión disidente del juez Cançado Trindade en Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118 (caso *Hermanas Serrano*) *passim*. Véanse sobre la titularidad de derechos del individuo, entre otras tantas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, y Corte IDH; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

⁶² Por ejemplo, cf. art. 44: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte." Obviamente que el sistema europeo de protección de derechos humanos (Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950. Enmendado por los Protocolos Adicionales 3, 5, 8, 11 y 14) y el incipiente sistema africano (Carta

El desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) así como las reformas pertinentes al reglamento de la misma, han permitido que el individuo goce de un verdadero *jus standi* ante dicho órgano jurisdiccional internacional.⁶³

Es menester reconocer que en materia de protección de derechos humanos se logró un gran avance al establecerse, en diversos instrumentos internacionales, órganos de vigilancia y monitoreo del cumplimiento de dichos tratados a los que el Estado no sólo tiene que presentar informes periódicamente respecto a la observancia de los mismos, sino a los que el individuo puede presentar una comunicación para denunciar el incumplimiento o violación por parte de un Estado de sus obligaciones convencionales.⁶⁴

Finalmente, es necesario tener en mente que los derechos humanos no necesariamente se encuentran circunscritos únicamente a los tratados específicos de la materia y que puedan encontrarse en otros tratados, por ejemplo, en materia laboral⁶⁵ o consular.⁶⁶

4. *Hacia un corpus juris internacional de la protección del individuo*

El desarrollo de la personalidad internacional del individuo ha sido al mismo tiempo el desarrollo de diversas ramas del Derecho Internacional. Las tres más importantes son las relativas al derecho humanitario, a los derechos humanos y al derecho penal. Asimismo, existen otras áreas especializadas que han ido desarrollándose o derivándose las anteriores como por ejemplo el derecho de los refugiados o de los migrantes.

africana sobre derechos humanos y de los pueblos -1981-) en la materia son de gran importancia. Es interesante notar que solo la región asiática no cuenta un sistema supranacional de protección de derechos humanos.

⁶³ Para una visión general véase Juan Pablo Pérez-León, *op. cit.*, pp. 624-631.

⁶⁴ Los instrumentos internacionales que establecen órganos de vigilancia, aunque algunos todavía no están en vigor, con la posibilidad de recibir comunicaciones de individuos son: Protocolo Facultativo I del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que tiene como órgano de vigilancia al Comité de Derechos Humanos Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, Convención contra la Tortura y su Protocolo Facultativo, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo, Convención sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

⁶⁵ Por ejemplo con el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes 1989

⁶⁶ Como la ya mencionada Opinión Consultiva OC-16/99, *op.cit.* y como el argumento que el Gobierno intentó avanzar en el caso Avena, aunque no tuvo eco con la Corte Internacional de Justicia *cf.* Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, ICJ Reports 2004, pp. 124-125.

Todas estas disciplinas coinciden en que, de una u otra manera, confieren derechos y obligaciones a los individuos y que han desarrollado normas, instituciones y sistemas de protección; por lo que quizá sea tiempo de hacer análisis más transversales y holísticos entre las diferentes ramas del Derecho Internacional con el fin de lograr una mayor y mejor protección de la esfera de derechos de las personas.⁶⁷

Algunos tratadistas consideran que dicho análisis se refiere en realidad a un nuevo *Derecho Internacional de la protección de la persona humana*.⁶⁸ En nuestra opinión, no se trata de crear una nueva disciplina, ya que cada una tiene una razón de ser muy particular, sino que se trata de nueva visión del *corpus juris* internacional de la persona.

Se trata de una visión integradora de diferentes ramas del Derecho Internacional con la finalidad de evitar, en la medida de lo posible, la sectorización del derecho. Así, lo que se pretende es crear “puentes” entre dichas ramas jurídicas ya que, más allá de su propio campo de aplicación material, todas poseen, en nuestra opinión, la misma *rationale*, esta es: la protección de la esfera de derechos y obligaciones del individuo.

IV. Conclusiones

El Derecho Internacional es un sistema jurídico específico que carece de órganos centralizados con funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, esto debido a que fue creado en torno a su principal sujeto, el Estado.

⁶⁷ Así, por ejemplo, Cançado señala: “In effect, the impact of the norms of the International Law of Human Rights has been having already for a long time repercussions in the *corpus juris* and application of International Humanitarian Law: the approximations and convergences between these two branches of Law, and also of the International Law of Refugees, at both normative as well as hermeneutic and operational levels, have contributed to overcome the artificial compartmentalizations of the past, and to improve and strengthen the international protection of the human person”. A. A. Cançado Trindade, “The Emancipation of the Individual from His Own State: The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations”, *op. cit.*, p. 174.

⁶⁸ En nuestra opinión, los tres pilares de la protección internacional del individuo es el DIH, el DIDH y el DPI, debido a que las tres ramas del DI forman el núcleo más amplio de la protección del individuo. Otros autores, en cambio, consideran que en vez del DPI debe de incluirse al Derecho Internacional de los Refugiados (DIR). Si bien el DIR es importante no tiene, en nuestra opinión, la importancia ni ha contribuido tanto substantiva como adjetivamente al desarrollo de la protección de los derechos humanos como si lo ha hecho el DPI. Para una visión que considera al DIR cf. Antonio Augusto Cançado Trindade, Gérard Peytrignet y Jaime Ruiz de Santiago, *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana: derechos humanos, derecho humanitario, derecho de los refugiados*, México, Porrúa / Universidad Iberoamericana, 2003, 169 pp.

Estas “especificidades” del sistema jurídico internacional hicieron que, por mucho tiempo, el individuo tuviera una subjetividad internacional muy particular al pasar de “objeto” del DI a sujeto derivado, es decir en función de o a voluntad del Estado, y de ahí a gozar hoy de una subjetividad internacional, por lo menos en determinadas ramas del DI, lo que no le impide ser considerado como un sujeto de derecho internacional.

La evolución de la subjetividad jurídica internacional del individuo derivó en el desarrollo de diferentes ramas del derecho internacional, las cuales desde sus materias respectivas buscaban proteger al individuo. Así nacieron el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A partir de esta última rama otras disciplinas.

Asimismo, dichas ramas del DI han otorgado al individuo una participación procesal activa, dependiendo de la materia que se trata y de los avances regionales respectivos, lo que ha hecho avanzar la subjetividad del individuo.

La convergencia de estas tres ramas jurídicas está llevando a la formación de una nueva visión del Derecho Internacional hacia el individuo, una visión más integral de la protección de la persona humana, hacia un nuevo *corpus juris de la protección del individuo*.

Derecho penal y derechos humanos

*Jorge Robledo Ramírez**

RESUMEN: A partir de la contraposición, derivada sobre todo de la opinión pública, entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos, el artículo plantea que esa antinomia se desvirtúa revisando la historia y las características normativas de ambas disciplinas. El Derecho Penal, contra lo que pudiera pensarse, definió, al igual que los Derechos Humanos, sus rasgos fundamentales después de que el pensamiento ilustrado se concretó e impuso límites al poder de la monarquía absoluta, terminando con los excesos cometidos en perjuicio de las personas. Sin embargo, la afinidad entre dichas disciplinas es finalmente cuestionada porque el Derecho Penal constituye un instrumento del poder estatal.

ABSTRACT: *Starting with the confrontation, derived particularly from public opinion, between Criminal Law and human rights, this article raises the issue that this opposition is weakened by a study of the historical and normative elements of both disciplines. Contrary to what might be expected, Criminal Law defined in the same manner that human rights did, its fundamental characteristics after the triumph of the Illustration and its thought materialized and imposed limits to the power of absolute monarchy, thus ending the excesses committed against individuals. Nevertheless, the affinity between both disciplines is called into question because Criminal Law is an instrument of state power.*

SUMARIO: Introducción. I. Las afinidades entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos. II. La diferencia esencial. III. Bibliografía.

Introducción

Contra lo que pudiera parecer, abordar la temática Derecho Penal y Derechos Humanos¹ no implica hablar de conceptos opuestos, antagónicos, en contradicción, porque no están enfrentados, como el negro y el blanco. Concebirlos

* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

¹ La razón por la que se resaltan en mayúsculas las letras iniciales de ambos términos obedece a que no sería coherente identificar afinidades, como lo pretende este trabajo, entre una disciplina jurídica, el Derecho penal, y una clase de derechos, los derechos humanos. Por tanto, se parte de la idea de que, para establecer afinidades, hay que equiparar ambos conceptos, por lo que se hará referencia a los Derechos

así sólo resultaría válido aceptarlo de personas legas o sin conocimientos de Derecho, tal y como ocurre con la opinión pública en nuestro país que, en su gran mayoría, considera que los derechos humanos son incompatibles con la aplicación de las normas punitivas, hasta el extremo de estimar que son un obstáculo para la eficacia de estas últimas y que, por tanto, favorecen la impunidad de los delincuentes o, bien, impiden que estos últimos sean castigados como se merecen.² Acabar con esta errónea idea debe, sin duda, representar un desafío para los juristas porque las implicaciones prácticas son socialmente indeseables; creer que los derechos humanos deben quedar al margen cuando se aplican normas penales, debido a que los delincuentes hay que castigarlos con el máximo rigor, puede conducir a que se impida a una persona: el acceso a la justicia, a pesar de haber permanecido recluida injustamente por un error judicial o que sea defendida en un proceso penal arbitrariamente instaurado.

Más allá de que estos ejemplos puedan resultar útiles para denotar, en principio, la estrecha vinculación entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos, lo cierto es que, para nuestra fortuna, la historia si alguna característica ha reflejado, en algunos momentos cruciales, es que ha existido preocupación —y algunos esfuerzos fructíferos— alrededor de que el poder punitivo estatal se ejerza respetando los derechos inherentes a los seres humanos. Cómo olvidar o pasar por alto que las torturas inferidas por autoridades a una persona por cualquier motivo están prohibidas desde hace varios siglos o que la pena de muerte no está prevista como consecuencia jurídica del delito en buena cantidad de países.

Así pues, creo que puede darse por sentado que una aproximación a la historia, junto con una revisión de algunas características de la regulación del Derecho Penal y los Derechos Humanos, revelan que estos conceptos coinciden en ciertos aspec-

Humanos, así con mayúsculas iniciales, con el propósito de enfatizar que se alude no a los derechos humanos como un tipo de derechos, sino a las llamadas: *teoría de los derechos humanos*, que puede entenderse, sintéticamente, como el conjunto de explicaciones sistematizadas de todo lo relacionado con esos derechos (véase, en sentido similar, Humberto Nogueira Alcalá, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 1.); *teoría jurídica de los derechos humanos* que entrañaría "...la reflexión que desde la técnica y metodologías jurídicas se haga de las normas que contienen los valores predicados por los derechos humanos" (Mario Álvarez Ledesma, *Acerca del concepto derechos humanos*, México, Mc Graw-Hill, 2003, p. 133) o Derecho de los derechos humanos —*Law of human rights*— que es una rama particular de las ciencias sociales, que tiene como objeto estudiar las relaciones entre los hombres en función de la divinidad humana, determinando los derechos y facultades necesarias en conjunto para el desarrollo de la personalidad de cada ser humano" (René Casin, citado por Humberto Nogueira Alcalá, *op. cit.*, p. 10).

² Véase una crítica, en este mismo sentido, respecto a la percepción de los derechos humanos en México en Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri, "Los derechos humanos, objeto de discordias", *Confluencia XXI. Revista de Pensamiento Político (Órgano teórico trimestral del Partido Revolucionario Institucional)*, número 2, México, julio-septiembre 2008, pp. 82-84.

tos y comparten propósitos. Es precisamente bajo aquellos contextos (histórico y normativo) como el discurso que se expondrá a continuación pretende resaltar la relación entre dichos conceptos, algunas afinidades y divergencias, con el fin de aportar un punto de vista que ayude a que se enmienden las apreciaciones equivocadas acerca de ellos.

Entre las afinidades, se explicará que los Derechos Humanos, al igual que el Derecho Penal, surgieron cuando aparecieron en las normas positivas y que esta característica común parece no ser pacífica por la discusión sobre el concepto de aquellos generada por la cantidad de términos que se emplean para designarlos y por su doble personalidad ética y jurídica; asimismo, se destacarán otras afinidades consistentes en el antropocentrismo existente en ambos conceptos y en que su antecedente fue la manera en que se ejercía el poder en el Antiguo Régimen; finalmente, se abordará, como otro paralelismo, que la idea de limitar al poder está presente en ambos conceptos. Se advierte que el tratamiento de estas afinidades está vinculado con una serie de temas, como el Antiguo Régimen, la Ilustración y la Revolución Francesa, cuya explicación pormenorizada excedería el objetivo de este trabajo, por lo que la exposición de ellos será sintética y meramente referencial. Conviene insistir a este respecto que la finalidad que persiguen las siguientes líneas es subrayar que existen paralelismos entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos para que se deje de considerarlos como conceptos incompatibles.

En lo que atañe a las diferencias, se abordará la que, mi juicio, es más significativa y que consiste en que el Derecho Penal es, sobre todo, un instrumento del poder estatal; esta característica de esa rama jurídica genera que, en ocasiones no poco frecuentes, se utilice desviándose de las funciones que originariamente cumplió, tal y como se explicará.

I. Las afinidades entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos

A. Su aparición en las normas positivas

Una de las virtudes del Derecho consiste en que, salvo excepciones, como cuando se trata lo relativo a su historia, se refiere al orden jurídico existente, es decir, al vigente en ese momento, a lo que señalan las normas positivas.

Partiendo de esa virtud reconocible al Derecho, es como creo conveniente comenzar a abordar cuál es la primera afinidad entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos, que radica en que las fuentes de ambos conceptos son las normas positivas. Esta característica de los dos conceptos permite valorar su utilidad, pues hasta que no se establecieron así, en normas positivas, se pudo acabar con la inseguridad

y el caos existente antes de ese momento,³ el cual marcó, además, que pudiera hablarse propiamente de ambos términos.

Si se intenta definir el Derecho Penal sin partir de las normas objetivas, el discurso sobre el ejercicio del poder punitivo estatal habría que situarlo en el ámbito subjetivo, esto es, en la explicación acerca de cuándo y por qué el Estado contó con la facultad para dictar las normas relativas a los delitos y las penas; es decir, se tendría que referir el momento antes de que ese poder se rigiera por el imperio de la ley y, por tanto, actuaba fuera de este marco.⁴ Por esta razón, es fácil entender que, en ese momento, las personas estaban desprotegidas frente a los actos de autoridad, ya que las decisiones tomadas por ésta no se apoyaban en una norma escrita, objetiva, de tal suerte que eran arbitrarias. Estos actos de autoridad arbitrarios, por la falta de normas objetivas, también acontecían por la inexistencia de procedimientos afectando con ello la otra parte del Derecho Penal, la formal, o sea al Derecho Procesal Penal que, hasta la segunda mitad del siglo XIX, estuvieron entremezclados.⁵

Así, el Derecho Penal vio la luz hasta en tanto el Estado decidió prever los delitos y las penas e instauró los procedimientos en normas, evitando con ello que las personas vivieran en la incertidumbre respecto a lo que estaba prohibido o debía realizarse, al mal que iba a imponerse como consecuencia de efectuar lo prohibido o de no cumplir con lo ordenado y a los actos procesales que tenían que llevarse a cabo antes de que el castigo se aplicara. Es, por consiguiente, cuando se emprende la codificación, producto de las ideas de los iluministas franceses en el siglo XVIII, el momento en el que puede situarse el inicio del Derecho Penal, sin que ello desconozca que, hasta el año 1800, dicho término adquirió sentido y propiedad⁶ y que, antes de esa centuria, existieron normas penales escritas en algunos países.⁷

La consagración de delitos y penas en normas positivas fue producto de un esfuerzo previo que estribó en ponderar cuáles bienes jurídicos debían quedar protegidos en las normas penales; esta elección de bienes jurídicos implicó seleccionar, entre los valores reconocidos por la comunidad y el Estado, aquéllos que, por su importancia, tenían que estar salvaguardados con la amenaza de imponer una pena;

³ Véanse las consideraciones que, acerca del Derecho Penal, formula Welzel citado por Juan del Rosal, *Tratado de derecho penal español (Parte General)*, Madrid, Imprenta Aguirre, 1969, vol. I, pp. 1, 2 y 3.

⁴ Así, por ejemplo, Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives Antón, *Derecho penal parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 51; véase, en sentido distinto, Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Derecho penal, parte general*, Madrid, Civitas, 1978, p. 11, así como Mario Álvarez Ledesma, *Introducción al derecho*, México, Mc. Graw Hill, 1995, pp. 67-68.

⁵ Véase Juan del Rosal, *op. cit.*, p. 8.

⁶ *Ibid.*, p. 9.

⁷ *Ibid.*, pp. 165-171.

también se tuvieron que ponderar los ataques o lesiones a esos bienes que era necesario evitar para su debida protección.⁸

Por consiguiente, la plasmación de delitos y penas en normas positivas no fue un camino fácil, pues trajo consigo actividades previas necesarias para establecer los comportamientos humanos deseados y, a la vez, desvalorar, mediante una prohibición o un mandato, aquéllos otros reprobables asignándoles a ambos la pena correspondiente.⁹

Ahora bien, a pesar de que se ha aceptado que existe una afinidad entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos por su necesaria previsión en normas positivas, como ya se advirtió en la introducción de este trabajo, esto último puede considerarse discutible en relación con los Derechos Humanos debido a los debates alrededor de su concepto. Por ello, referir cuándo se plasmaron los Derechos Humanos en normas positivas requiere que previamente se explique, aunque sea puntualmente, la problemática que encierra su concepto.

En ese sentido, hay que tener en cuenta que el concepto Derechos Humanos se enfrenta, primero, al problema que es considerado sinónimo de otros términos afines y, en segundo lugar, a que un sector de la doctrina defiende un concepto dualista de tales derechos por tener doble personalidad ética y jurídica.¹⁰

Respecto al primer aspecto, conviene recordar que la doctrina estima que los Derechos Humanos se equiparan a términos como los de derechos fundamentales, derechos morales, derechos públicos subjetivos, derechos naturales e innatos, principios generales del derecho, derechos de la personalidad y garantías individuales.¹¹ Se hace notar que el empleo de todos estos vocablos como sinónimos al de Derechos Humanos puede condicionar el establecimiento de afinidades con el Derecho Penal, ya que no todos ellos coinciden con aquél en su significado, orígenes y proyección.¹² Sin embargo, tratar estos aspectos en cada una de esas denominaciones, compararlas con los relativos al de los Derechos Humanos y poder así desentrañar

⁸ *Ibid.*, pp. 17-19.

⁹ *Ibid.*, pp. 54-57.

¹⁰ Véase, respecto a los dos problemas, Mario Álvarez Ledesma, *Acerca del concepto...*, cit., pp. XIII-139; destaca el carácter dualista Jesús González Amuchástegui, *Ética y derechos humanos*, México, CNDH, 2000, pp. 14-33 (Col. Cuadernos del Centro Nacional de Derechos Humanos); sobre los derechos humanos y otros términos afines, Regina María Pérez Marcos, "Los derechos humanos hasta la edad moderna", en Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH / UNED, 2000, p. 33.

¹¹ Véase, ampliamente, Mario Álvarez Ledesma, *Acerca del concepto...*, cit., pp. 95-130.

¹² Así, Mario Álvarez Ledesma, "Los presupuestos teórico-funcionales de los derechos humanos como teoría de la justicia", *Derechos Humanos México*, año 1, número 1, México, CNDH, 2006, p. 9; véase el mismo autor, en igual sentido, en relación con las garantías individuales, "Sobre el artículo 1o. de las Constituciones de 1857 y 1917", *Jurispolis. Revista de Derecho y Política del Departamento de Derecho del ITESM, Campus Ciudad de México*, año 5, vol. 1, México, 2007, pp. 115-152.

esa sinonimia, excedería los propósitos de este trabajo, por lo que se prefiere dejar sentado este problema a efecto de que sea objeto de análisis en otro estudio.

En relación con la doble personalidad, debe tenerse presente que los Derechos Humanos originariamente quedaron identificados con los derechos naturales y bajo este término sólo es posible concebirlos como principios filosóficos derivados de la ley natural, sin que pueda desprenderse de ellos una noción jurídica.¹³

Como principios filosóficos, los derechos naturales cumplieron la función de pretender limitar al poder monárquico con lo cual se adecuaron a una determinada concepción política que sienta las bases para legitimar el poder de otra forma. El cambio a esta concepción política surgió cuando el contrato social ayuda a legitimar de una manera distinta el ejercicio del poder y se concibe al hombre con voluntad, dotado de razón y, por tanto, capaz de tomar decisiones gozando así de autonomía moral.¹⁴ Con estas características, el hombre renuncia a la libertad concedida por la ley natural, dejando de hacer lo que quiere, y obligándose, por el contrario, a respetar a los demás.¹⁵ Con el contrato social, la ley positiva suple a la ley natural, por lo que los Derechos Humanos no son lo mismo que los derechos naturales que quedan anclados en lo filosófico, en lo axiológico, en lo ético, constituyendo exigencias morales.¹⁶ Estas exigencias están fundadas en razones cuyo fin último consiste en justificar las conductas, por lo que sirven para orientar a las normas jurídicas.¹⁷

Por su parte, la dimensión jurídica de los Derechos Humanos fue producto del “tránsito a la modernidad” que se concretó cuando vieron la luz las Declaraciones de los Pueblos de Virginia en 1776 y la francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Así, se inició la plasmación jurídica de los Derechos Humanos y su previsión en normas positivas, lo cual se complementó cuando, a fines del siglo XVIII y del siglo XIX, se consagraron en la Constitución norteamericana de 1787.¹⁸ De este modo, los Derechos Humanos son instrumentos inventados por el hombre, cuya génesis está en los acontecimientos sociales y en los avances culturales alcanzados en esos siglos.¹⁹

A pesar de su ropaje jurídico resultante de su consagración en normas positivas, los Derechos Humanos conservan esa faceta ética a la que ya se hizo referencia, derivada del orden moral impuesto por los derechos naturales, basada en que el

¹³ *Ibid.*, pp. 65-68; en el mismo sentido, Regina María Pérez Marcos, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

¹⁴ Mario Álvarez Ledesma, *Acerca del concepto...*, cit., pp. 34-35.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 38-39.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 46-52.

¹⁷ *Ibid.*, p. 67.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 31-32.

¹⁹ *Ibid.*, p. 90.

hombre es el valor por excelencia.²⁰ Por ello, poder aceptar que la consagración jurídica de los Derechos Humanos trae consigo una plena equiparación con el Derecho Penal implicaría desconocer esa otra faceta, la ética, y con ella buena parte de los caracteres de aquéllos. No hay que olvidar que los Derechos Humanos cuentan con rasgos distintivos como la universalidad, ser derechos absolutos, inalienables y eternos. Sin pretender analizar cada una de estas peculiaridades por los límites y objetivos que tiene este trabajo, es importante advertir que éstas colocan a los Derechos Humanos en un plano especial respecto a las demás disciplinas jurídicas, incluyendo el Derecho Penal. Por ejemplo, la universalidad implica que todos los seres humanos poseen Derechos Humanos y el que éstos sean absolutos los abstrae de las decisiones del legislador común, del régimen de las mayorías legislativas e incluso de los cambios de regímenes políticos y obliga a que nada, ni postulados normativos ni intereses económicos o de otro signo, actúen a su costa.²¹ De tal suerte que tales peculiaridades apartan a los Derechos Humanos del Derecho Penal en tanto que se traducen en una serie de principios que no pueden predicarse en otra rama del Derecho. En efecto, sería atrevido afirmar que el Derecho Penal de un determinado país es, o debe ser, universal e inmutable por los principios en que está sustentado, ya que se estaría dejando a un lado que esa disciplina jurídica se estructura de acuerdo con la configuración adoptada por los Estados,²² por lo que cada uno de ellos cuenta con las normas penales necesarias y adecuadas a su historia, a su realidad política, económica y social. Se pone de manifiesto, pues, que la faceta ética de los Derechos Humanos, al estar acompañada de esas peculiaridades, supera su dimensión jurídica, por lo que está por encima de ésta última y que, por tanto, su previsión en las normas positivas es tan sólo una condición indispensable para su eficacia.²³ Por ello, desde la perspectiva ética, se sostiene que los Derechos Humanos asumen el carácter de *metanormas* porque “*sirven para regular el funcionamiento de otras normas*”.²⁴

En conclusión, queda evidenciado que afirmar que el Derecho Penal y los Derechos Humanos guardan una relación de afinidad por estar contenidos en normas objetivas debe previamente pasar por distinguir el concepto de Derechos Humanos que se está manejando, dada la dimensión ética y jurídica de este último. Partiendo de esta dimensión jurídica, y aceptando que la plasmación normativa de los Derechos Humanos ocurrió con las Declaraciones de los Pueblos de Virginia en 1776 y la

²⁰ *Ibid.*, p. 92.

²¹ *Ibid.*, pp. 78, 82 y 92.

²² Véase Santiago Mir Puig, *Derecho penal, parte general*, 3a. ed., Barcelona, PPU, 1990, pp. 81-113.

²³ Así, Mario Álvarez Ledesma, *Acerca del concepto...*, cit., p. 29.

²⁴ *Ibid.*, p. 115. Subrayado en el original.

francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, es factible corroborar que tal afinidad es cierta y defendible.

B. El antropocentrismo en el Derecho Penal y en los Derechos Humanos

Otro punto de afinidad entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos se encuentra en que su núcleo, su centro de gravedad, su destinatario, es el hombre, el ser humano, por lo que, en torno a estos últimos, gira la estructuración de esas disciplinas.

Si bien es cierto en el Derecho Penal son definitorios el delito y la pena, no debe perderse de vista que, como advierte del Rosal, su “carácter más acentuado radica en el supuesto *antropológico*, mejor aún, en la *humanidad* que resplandece a lo largo de su sistema...”²⁵ En este sentido, dicho autor explica que “el principio y fin de la especulación jurídicopenal es la persona del delincuente. En ella principia la puesta en práctica de la valoración penal, puesto que el ser humano es sujeto activo de una conducta, o por mejor decir, de una conducta típica, y la consecuencia de ésta —cumplidos los requisitos— es la aplicación de la pena, igualmente adecuada a la personalidad de quien delinque; punto a partir del cual se sitúa en primer plano la personalidad del delincuente.”²⁶ Estos razonamientos son útiles para poner de relieve que el Derecho Penal tiene especial interés en el delincuente y que, por ello, se estructura y construye en torno a ese interés. Esta opinión de del Rosal puede robustecerse si se tiene en consideración la misión del Derecho Penal y que la víctima del delito también es ahora protagonista en esta disciplina jurídica.

Ciertamente, a decir de Jescheck, el Derecho Penal tiene la misión de “*proteger la convivencia humana en la comunidad*”.²⁷ Para otros autores, esa misión es simplemente hacer posible la convivencia social,²⁸ por lo que esta tarea asimismo revelaría el antropocentrismo que se defiende como un aspecto afín de las dos disciplinas jurídicas objeto de este trabajo. Sin embargo, no hay que olvidar que esta misión destinada a que las relaciones humanas estén alejadas de conflictos no es sólo atribuible al Derecho Penal, sino a otras ramas del ordenamiento jurídico. Este aspecto común que tiene el Derecho Penal con otras disciplinas del mismo signo no obstante no representa ningún impedimento para afirmar que aquél está enfocado y dirigido a los seres humanos, a que puedan convivir sin conflictos, pacíficamente.

²⁵ Juan del Rosal, *op. cit.*, p. 4. El subrayado en el original.

²⁶ *Idem.*

²⁷ Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal, parte general*, Trad. Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, v. I, p. 3. El subrayado en el original.

²⁸ Así, por ejemplo, Antonio García-Pablos de Molina, *Estudios penales*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 123-124.

Lo anterior no significa que el delito y la pena, elementos característicos del Derecho Penal, dejen de tener importancia, ya que de ellos precisamente se vale esta parte del orden jurídico para cumplir su misión; en efecto, el delito, comportamiento humano perturbador o dañoso para la convivencia tipificado por el Estado con el propósito de que no se realice, es un concepto que gira en torno al hombre, a su manera de conducirse con los demás hombres en la sociedad. Lo mismo puede predicarse de la pena, que es la restricción o privación de libertades y derechos prevista en la ley, pues el hombre es su destinatario, el que la sufre y la padece, como consecuencia de haber delinquido. De esta manera, el delito y la pena, aun cuando son elementos definitorios del Derecho Penal, están destinados al hombre, a regular su comportamiento y las restricciones o privaciones de derechos y libertades que pueden imponérsele, por lo que la importancia de tales elementos no va en demérito de que el hombre sea en centro de atención del Derecho Penal.

En cuanto a la víctima del delito, se sostiene que su papel en el Derecho Penal no ha sido la del personaje olvidado, que muchos consideran, ya que, cuando todavía no se configuraba aquél como tal —en la época de la venganza privada—, a la víctima le correspondía tanto elegir el castigo, como ejecutarlo, por lo que se cometían excesos en perjuicio del delincuente debido a que el mal infligido superaba con frecuencia el del delito. Por ello, surgieron las leyes del talión —en la época de la venganza pública— cuyo propósito fue que el castigo al delincuente fuera proporcional al daño causado a la víctima por el delito. Consecuentemente, la víctima no puede considerarse el personaje olvidado; en la antigüedad, le correspondió hacerse justicia por sí misma²⁹ y, a partir de hace unos años, los Estados se han ocupado de dotarla de derechos, con el fin de equipararla con el delincuente.³⁰

Es así como los personajes del Derecho Penal, el delincuente y la víctima, asumen el rol principal en él, constituyéndose el delito y la pena en instrumentos que giran en torno a ellos, a sus intereses y a resolver sus conflictos para que puedan convivir.

Los Derechos Humanos, por su parte, son igualmente antropocéntricos, ya que están estrechamente vinculados con la persona humana, a la que intentan reivindicar frente al abuso del poder.³¹

²⁹ Véase Israel Drapkin, *Criminología de la violencia*, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 70-97 (Colección Criminología contemporánea número 3).

³⁰ Véanse José Zamora Grant, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, 2a. ed, México, Inacipe, 2009, pp. 23-209 (Colección Victimológica); así como Antonio García-Pablos de Molina, *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, pp. 76-107.

³¹ Así, por ejemplo, Mario Álvarez Ledesma, "Los presupuestos teórico-funcionales...", cit., p. 10.

Conviene recordar que los Derechos Humanos fueron una herramienta jurídica para defender la dignidad humana que surgió con el Estado Liberal de Derecho y que las consecuencias que esta concepción estatal trajo consigo fue liberar al hombre del poder absoluto del Estado monárquico, desplazando el interés del poder hacia el hombre, de tal suerte que aquél se estructuró para beneficiarlo y estar a su servicio.³²

Ese interés por el hombre, heredado del *iusnaturalismo*,³³ se hace patente partiendo incluso de una idea vulgar acerca de esos Derechos, pues se identifican con los que todas las personas poseen por el solo hecho de ser tales.³⁴ Así, se predica que los Derechos Humanos “por antonomasia pertenecen a todo ser humano”,³⁵ por su sola condición y sin excepción,³⁶ y en ellos subyace el humanismo que cuenta con un “presupuesto básico: **todo** ser humano y **en cualquier parte** debe mantener **siempre** y por **encima de todo** su condición de ser humano.”³⁷ El concepto Derechos Humanos entraña “una forma específica de entender lo que es dicha persona humana y cuál es la posición que guarda respecto a las otras en lo individual y lo colectivo”,³⁸ y, concretamente, se refiere al trato que debe recibir de sus congéneres y, sobre todo, de quienes ejercen el poder.³⁹ Para ello, se concibe al ser humano con libertad, voluntad propia, responsable de sus actos, y con una dignidad inviolable⁴⁰ y, por esa razón, los Derechos Humanos, desde su perspectiva ética, son valores de este signo que se traducen en principios como la dignidad, la inviolabilidad, la igualdad y la autonomía de la persona humana.⁴¹ Esta íntima relación entre los Derechos Humanos y el hombre, además, explica porque en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se alude, en el preámbulo, a los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre y en el artículo 1o. de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia a que los hombres tienen derechos innatos de los que no pueden ser privados o desposeídos. Sobre esa vinculación, es importante advertir, por una parte, que los Derechos Humanos también quedaron identificados como derechos del hombre y derechos fundamentales del hombre en la Carta de las Naciones Unidas de 1945; y por otra, que más allá de estos aspectos formales,

³² Así, Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri, “Derechos humanos y Estado liberal”, *Derechos Humanos México*, año 1, número 1, México, CNDH, 2006, pp. 61-63.

³³ Véase Mario Álvarez Ledesma, *Acerca del concepto...*, cit., p. 65. El subrayado en el original.

³⁴ *Ibid.*, pp. 18-136.

³⁵ *Ibid.*, p. 97.

³⁶ *Ibid.*, p. 78.

³⁷ *Ibid.*, p. 91. El subrayado en el original.

³⁸ *Ibid.*, p. 19. El subrayado en el original.

³⁹ *Ibid.*, p. 65.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Ibid.*, p. 22.

la génesis de los Derechos Humanos es resultado de múltiples luchas sociales emprendidas por una buena cantidad de seres humanos que buscaron el respeto y reconocimiento de esta condición y de su libertad.⁴²

Así pues, los Derechos Humanos encuentran su fuente en la naturaleza humana, en la especial dignidad que subyace en ésta y proyectan, desde su dimensión ética, una moralidad de la humanidad de aceptación universal, que está por encima de su connotación jurídica cuya finalidad es hacer viable dicha moralidad.⁴³ De este modo, los Derechos Humanos se traducen en una forma de ver y tratar a la persona humana respaldando moralmente al orden jurídico para humanizarlo,⁴⁴ es decir, ponerlo al servicio de ella y a que se preserve y protejan su condición. Bajo este contexto, también a los Derechos Humanos se les atribuye la misión de mejorar la calidad de vida de las personas para que alcancen una convivencia social fructífera y, principalmente, de protegerlas contra los abusos del poder.⁴⁵

Por último, con el propósito de subrayar el carácter antropocéntrico de los Derechos Humanos, se hace notar que las peculiaridades que ya se resaltaron de ellos, como la de universalidad, están, asimismo, ligadas a dicho carácter; a este respecto se sostiene, por una parte, que el que esos derechos sean universales obedece a que pertenecen a todos los seres humanos, por lo que basta con ser persona para ser titular de los mismos.⁴⁶ Y por otra parte, que la cualidad de absolutos de los Derechos Humanos —que los coloca sobre otros derechos, valores e intereses— deviene de la pretensión de preservar y proteger la condición humana,⁴⁷ con lo que queda evidenciado el carácter antropocéntrico.

Por consiguiente, se puede concluir que es innegable que el hombre, tanto en el Derecho Penal como en los Derechos Humanos, es el protagonista y que a partir de él ambas disciplinas se estructuran y definen finalidades.

C. Sus antecedentes: el ejercicio del poder en el Antiguo Régimen

Esta otra afinidad entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos tiene especial relevancia porque se basa en los motivos por los que ambos surgieron, que particularmente están relacionados con el ejercicio del poder en el Antiguo Régimen. Esos mismos motivos —que se conjugan en factores políticos, sociales, económicos y ju-

⁴² *Ibid.*, p. 23.

⁴³ *Ibid.*, p. 26.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 92.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 26.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 82-85.

rídicos— influyeron, como sabe, para que viera la luz la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y están íntimamente vinculados con la época de la Ilustración, por lo que tratarlos de manera minuciosa excedería el propósito de este trabajo. Por esta razón, se hará breve referencia, enseguida, a algunos de dichos motivos a fin de que se corrobore la afinidad que se ha venido destacando.

Pues bien, el Antiguo Régimen, época de la historia posterior a la Edad Media que culmina con la Revolución Francesa, contaba con la peculiaridad de que el ejercicio del poder se concentraba en una sola persona, el monarca, que encarna y personifica al Estado, o en unas cuantas más, pero como consecuencia de la concesión de privilegios por parte de aquél.⁴⁸ El poder monárquico se ejercía a discreción, por lo que éste incurría, en beneficio propio y de los estamentos privilegiados, en abusos contra los súbditos,⁴⁹ que estaban obligados a la obediencia y fidelidad a él, dando lugar a la razón de Estado.⁵⁰ El monarca, sin embargo, estaba sujeto, y por ello únicamente limitado, a “preceptos religiosos, a la ley eterna de Dios, a la ley moral, incluso a la ley jurídica natural”.⁵¹ Además, la idea de un orden divino influía con regularidad en las decisiones de la autoridad, quien las consentía y justificaba, como consecuencia de la nítida separación, o absoluta confusión, entre el poder monárquico y eclesiástico.⁵²

El ejercicio de poder se respaldaba frecuentemente en la aplicación de castigos, por lo que el monarca recurría, para hacerse obedecer, a los preceptos penales. Coaccionar a la población con castigos ejemplares era, pues, el signo distintivo de los tiempos, pues sólo a través de ellos se conseguía que imperara la voluntad de la autoridad y que los súbditos aceptaran los privilegios reconocidos a una minoría y, consecuentemente, tratos inequitativos.⁵³

Con esa tónica, el empleo de los medios punitivos tuvo preferencia, constituyeron un recurso común que puso en entredicho el respeto a los derechos más elementales de las personas. Prácticas como la tortura, el destierro, la vergüenza pública y la pena de muerte, por mencionar algunas, funcionaron con el aval de las

⁴⁸ Véanse Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, 1984, pp. 23-26, así como Consuelo Maqueda Abreu, “Los derechos humanos en los orígenes del Estado constitucional”, en Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH / UNED, 2000, p. 161.

⁴⁹ Véase Elías Díaz, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁰ Así, Consuelo Maqueda Abreu, *op. cit.*, p. 161.

⁵¹ Así, Elías Díaz, *op. cit.*, p. 18.

⁵² Véase, Óscar Celador Angón, “Libertad religiosa y revoluciones ilustradas”, en Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig, coords., *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 74-77.

⁵³ Así, Francisco Tomás y Valiente, *Introducción a Beccaria De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1969, p. 25; igualmente, Luis Prieto Sanchís, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, Inacipe, 2003, pp. 17-20.

autoridades, las cuales además se agravaban por la discrecionalidad y arbitrariedad con que eran utilizadas.⁵⁴ La imposición de penas no contaba con presupuestos claros, partiendo de que eran difusos los intereses que se pretendían proteger castigando delitos, hasta el extremo que igualmente se sancionaban la herejía, la magia y los sacrilegios que las blasfemias, la bigamia y el perjurio. Además, no todas las conductas que se castigaban se encontraban descritas en las leyes, ni sus definiciones contaban con la precisión suficiente para conocerlas en toda su extensión y con todos su alcances, y tampoco estaba vedado que los jueces comprendieran, a través de la interpretación, otros supuestos ajenos a la voluntad de los legisladores y a la ley.⁵⁵ El empleo generalizado de la pena de muerte impidió la proporcionalidad entre delitos y penas y, sobre todo, la crueldad en la manera de ejecutarse fue la nota distintiva, ya que el propósito a cumplir fue generar terror en los súbditos.⁵⁶

En consonancia con esa situación, el procedimiento penal adoptaba formas inquisitoriales: la secrecía era la regla general, el desequilibrio entre los derechos de las partes siempre iba en contra del delincuente, que podía ser acusado con base en presunciones y a cambio contaba con escasos medios de defensa.⁵⁷ Por lo que atañe a las probanzas, la confesión de culpabilidad del delincuente excluía la necesidad de aportar otras pruebas, pues predominaba sobre todas y la tortura constituía en medio para conseguirla, y el testimonio singular operaba con plena validez, al igual que la delación de los cómplices.⁵⁸ Aunque ya se resaltó que las penas crueles distinguieron a la época, interesa referir que la decapitación, la horca, el garrote, así como el despedazamiento eran formas de castigo aceptadas, reconocidas y frecuentemente utilizadas.⁵⁹

A la vista de reseñado, se puede concluir que la irracionalidad y deshumanización descritas, así como la desigualdad, vividas en el Antiguo Régimen, fueron factores determinantes que impulsaron un cambio hacia otros derroteros, en el que los Derechos Humanos y el Derecho Penal se vieron inmersos. Es importante advertir que ambos en ese cambio también jugaron un papel trascendente porque sentaron bases distintas para ejercer el poder.

⁵⁴ Francisco Tomás y Valiente, *op. cit.*, pp. 27-29.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 26-29.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 29-31; también Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, pp. 17-19.

⁵⁷ Francisco Tomás y Valiente, *op. cit.*, pp. 26-27.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 29-31.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 29; en el mismo sentido, Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 18-19.

D. La limitación al poder

Bustos y Hormazábal resaltan que el Derecho Penal moderno fue producto de la interés político “de poner límites al poder coactivo del Estado absoluto, de diferenciarlo del Antiguo Régimen... Desde fines del siglo XVIII hasta ahora la idea de profundización de esos límites, fortalecida por el desarrollo de los derechos humanos... ha dado como resultado la formulación de una serie de principios político-criminales limitadores del *ius puniendi*”.⁶⁰

La afirmación de tales autores no sólo confirma el paralelismo del Derecho Penal y de los Derechos Humanos consistente en que su antecedente fue la forma en que se ejerció el poder en el Antiguo Régimen, sino que pone en claro que ambos se conjugaron, y conjugan en la actualidad, para limitar al poder.

Conviene explicar que esta afinidad puede apreciarse de dos maneras: como una consecuencia de que tanto el Derecho Penal como los Derechos Humanos fueron establecidos en normas objetivas, lo cual implicó su reconocimiento como partes del orden jurídico positivo y, por otra parte, como resultado de los cambios en la forma en que se ejercía el poder en el Antiguo Régimen.

El establecimiento del Derecho Penal y los Derechos Humanos en normas positivas limitó el ejercicio del poder porque ambos adquirieron cualidades como, por ejemplo, la inmutabilidad, la obligatoriedad y la eficacia, de tal suerte que su aplicación dejó de depender de las voluntades despóticas de las autoridades. Así, ambos conceptos, al quedar previstos en una norma jurídica, contaron con la fuerza suficiente para desterrar que su aplicación dependiera del arbitrio del monarca,⁶¹ tal y como ocurría en el Antiguo Régimen.

En cuanto a los cambios en el ejercicio del poder resultantes de la revisión crítica emprendida por los pensadores de la Ilustración, que culminó con la adopción de nuevos paradigmas como, por ejemplo, el principio de legalidad, confluyeron para concretarlos una serie de mecanismos (constitucionalismo, democracia representativa y codificación) y movimientos (secularización y el humanismo). Estos mecanismos y movimientos sirvieron, pues, para que el Estado abandonara el cúmulo de arbitrariedades que en perjuicio de la gran mayoría de la población se cometían.⁶² Esa superación tuvo como punto de partida el traslado del racionalismo configura-

⁶⁰ Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid, Trotta, 2004, p. 26.

⁶¹ Como Agustín Squella señala “el derecho, en cuanto medio de control de la conducta humana, se vuelve en cierto modo contra su creador, vinculándolo obligatoriamente a sus normas y otros estándares y conformando así, de alguna manera, su comportamiento en sociedad” (“Una descripción del derecho”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 27, México, ITAM, octubre 2007, p. 55).

⁶² Véase Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, pp. 11-32.

do en el derecho natural (siglo XVII) al ámbito del Estado y al orden jurídico positivo. De esta forma, las transformaciones operaron hacia el individualismo, a la fe en la legislación y a una bondad, en armonía con los principios morales de aceptación universal, que hizo posible humanizar las leyes e ir desterrando las prácticas contrarias a la dignidad de las personas.⁶³ Por todo esto, comienzan, paulatinamente, a deslegitimarse la tortura, la pena de muerte, y las crueldades que habían servido para mantener el Antiguo Régimen. Se limita así el ejercicio del poder a favor de los seres humanos para lo cual se recogen una serie de propuestas de reforma que son sistematizadas, en el ámbito del Derecho Penal, por César Beccaria principalmente.⁶⁴ Otras propuestas se enfilaron a construir un modelo de organización política distinto al del Antiguo Régimen; hay que recordar que ese modelo parte de un acuerdo consensuado entre individuos libres e iguales que renuncian a su estado de naturaleza (contrato social) y buscan que impere la voluntad de todos expresada en la ley, con el propósito de forjar su propio destino, sustituyéndose así la legitimidad del Antiguo Régimen, por una justificación racional en el ejercicio del poder.

En conclusión, tanto el Derecho Penal como los Derechos Humanos, impulsados por las ideas de la Ilustración, constituyeron instrumentos de respuesta al ejercicio del poder en el Antiguo Régimen desde el momento en que aparecieron en normas positivas y lograron erradicar las prácticas inhumanas que se empleaban.

II. La diferencia esencial

Una vez reseñados los aspectos comunes entre el Derecho Penal y los Derechos Humanos, interesa destacar a continuación cuál es su principal divergencia. Pensar que, por esos paralelismos que se refirieron, estos conceptos no tienen diferencias conduciría también a indeseables confusiones como, por ejemplo, pretender que se aplique el Derecho Penal para resolver todo tipo de conflictos humanos. Este exceso debe evitarse porque, como se relatará a continuación, el Derecho Penal es un instrumento del poder del Estado cuyos rasgos esenciales hacen posible emplearlo para alcanzar fines distintos a los legítimamente atribuidos.

⁶³ *Ibid.*, pp. 12-50.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 67; véase también Francisco Tomás y Valiente, *op. cit.*, pp. 31-58; sobre la vida y obra de Beccaria, Sergio García Ramírez, "César Beccaria", *Rostros y personajes de la ciencias penales*, México, Inacipe, 2003, pp. 15-37.

A. El Derecho Penal como instrumento del poder

Aplicar el Derecho Penal se traduce en ejercer el poder punitivo estatal. Esta afirmación parece contradecir lo que ya se explicó acerca de que esta rama del Derecho sirvió para limitar el poder monárquico y abatir una serie de prácticas contrarias a la dignidad de las personas; sin embargo, ambos logros no se contraponen a lo que representa el Derecho Penal porque haberlos alcanzado no supuso dejar al margen su cariz eminentemente represiva y coactiva, que resultan de sus elementos consustanciales, el delito y la pena.⁶⁵ Esas peculiaridades del Derecho Penal, ser represivo y coactivo, son aprovechadas por el Estado debido a que ambas características no se concentran en ninguna otra disciplina jurídica, por lo que aquel Derecho constituye un componente imprescindible del ordenamiento jurídico.⁶⁶ Y esto es así porque esas dos cualidades son decisivas para hacer posible la convivencia social.

Sin embargo, el Estado no siempre emplea el Derecho Penal para resolver disputas en las relaciones humanas, sino también conflictos sociales que, por ejemplo, puedan llegar a atentar contra la estabilidad del Estado mismo. Sobre ese tipo de conflictos es importante advertir que al Derecho Penal le corresponde proteger ciertos bienes jurídicos sin los cuales el Estado pondría en riesgo su existencia o las funciones principales que tiene encomendadas,⁶⁷ con lo que se diferencia también por esto de otras disciplinas. Además, cuenta con un poder de definición que inicia con la criminalización de comportamientos y culmina con señalar quienes son delincuentes.⁶⁸

El Estado, en el transcurso de este proceso, no siempre atiende a las necesidades reales de protección, es decir las exigidas por la comunidad para poder convivir, y consecuentemente criminaliza conductas que no constituyen una afectación a la convivencia;⁶⁹ asimismo, con frecuencia tampoco atiende a que algunas personas, incluso sin una condena penal, pueden dejar de cometer delitos y, no obstante, las priva de sus derechos y libertades. Esto significa que el Estado puede llegar a emplear el Derecho Penal sin tener en consideración la violencia que representa y proyecta, y sí es necesaria e idónea su aplicación para dirimir los conflictos que acontecen en la sociedad. Cuando este tipo de situaciones ocurren, se pone en evidencia

⁶⁵ Así, Hans-Heinrich Jescheck, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 16.

⁶⁷ Por ejemplo, en el Código Penal Federal se prevén, en el Libro Segundo, Título Primero, los delitos contra la seguridad de la nación y, en el Título Décimocuarto, los que atentan contra la economía pública.

⁶⁸ Véase Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *op. cit.*, pp. 21-25.

⁶⁹ Véase Juan Terradillos Basoco, "Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal", *Pena y Estado. Función Simbólica del Derecho Penal*, número 1, Barcelona, 1991, pp. 11 y 12.

que el Estado puede aplicar las normas jurídico-penales para proteger intereses ajenos a ellas, de tal suerte que desdibuja la función que el Derecho Penal tiene encomendada.⁷⁰

Lo anterior igualmente acontece cuando el Estado emplea el proceso penal de manera laxa y, por pretender alcanzar determinados intereses o no ser cauteloso, permite que las personas sean procesadas sin existir verdaderos motivos. Hay que tener en cuenta que el proceso penal, a pesar de ser un conjunto complejo de actos cuyo fin es garantizar que la pretensión punitiva del Estado se ajuste a las normas penales (autolimitación), puede convertirse en un instrumento de poder que responda a meros intereses políticos o a aspectos coyunturales.⁷¹

Por consiguiente, pueden presentarse diversas desviaciones en el ejercicio del poder estatal que aparten al Derecho Penal de sus funciones y objetivos, y aprovechando la represión y la coacción que éste entraña se convierte en un *arma arrojadiza* a favor del Estado.

Esas desviaciones se concretan en situaciones de emergencia, en las que el Estado se ve rebasado por conflictos sociales normalmente originados por cuestiones políticas (como los desórdenes públicos e, incluso, el terrorismo); también se presentan por ineficiencias del propio Estado como, por ejemplo, cuando no es capaz de generar los empleos suficientes para la población y, en respuesta, decide agravar las penas a los delitos patrimoniales; y finalmente las desviaciones pueden acontecer en los casos en que el Estado busque *legitimarse* frente a los ciudadanos por la cercanía de las elecciones, mediante la implementación de medidas penales más rigurosas para responder las demandas de mayor y mejor seguridad pública.⁷²

En conclusión, el empleo del Derecho Penal por el Estado puede abandonar sus legítimos propósitos y, así, éste puede llegar a convertirlo en un instrumento destinado a reafirmar y fortalecer el poder que en él subyace, en virtud de la represión y la coacción que aquél encarna y proyecta. Por esta razón, es conveniente actuar con cautela y no perder de vista que debe pugnarse porque el Derecho Penal se sujete a los límites que imponen los Derechos Humanos.

Con base en lo expuesto, pueden formularse las siguientes conclusiones generales:

1. El Derecho Penal y los Derechos Humanos son afines, pues coinciden en: la época en la que aparecieron recogidos en normas positivas; que el hombre

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 9-12.

⁷¹ Así, José María Rodríguez Devesa, *Derecho penal español, parte general*, Madrid, Dykinson, 1986, p. 42.

⁷² Véase, en este sentido, Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *op. cit.*, pp. 22-23.

y su relación con los demás son el centro de sus intereses, su estructuración, sus explicaciones y sus finalidades; que surgieron como respuesta a la manera en que se ejercía el poder en el Antiguo Régimen y consiguieron limitarlo, de tal suerte que contribuyeron para que ese régimen cambiara.

2. El Derecho Penal, sin embargo, constituye un instrumento del Estado y puede ser empleado para concretar intereses y cometidos ajenos a sus funciones, por lo que debe quedar limitado.

III. Bibliografía

- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario, *Acerca del concepto derechos humanos*, México, Mc Graw-Hill, 2003, 427 pp.
- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario, *Introducción al derecho*, México, Mc. Graw Hill, 1995, 151 pp.
- ÁLVAREZ LEDESMA, Mario, "Los presupuestos teórico-funcionales de los derechos humanos como teoría de la justicia", *Derechos Humanos México*, año 1, número 1, México, CNDH, 2006, p. 29.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y Hernán Hormazábal Malarée, *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid, Trotta, 2004, 141 pp.
- CELADOR ANGÓN, Óscar, "Libertad religiosa y revoluciones ilustradas", en Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig, coords., *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 47-125.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás Vives Antón, *Derecho penal parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, 789 pp.
- DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8a. ed. Madrid, Taurus, 1984, 173 pp.
- DRAPKIN, Israel, *Criminología de la violencia*, Buenos Aires, Depalma, 1984, 138 pp. (Colección Criminología contemporánea número 3)
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Estudios penales*, Barcelona, Boch, 1984, 404 pp.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, 738 pp.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "César Beccaria", *Rostros y personajes de la ciencias penales*, México, Inacipe, 2003, p. 37.
- GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Jesús, *Ética y derechos humanos*, México, CNDH, 2000, 34 pp.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general*, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, vol. I, 696 pp.
- MAQUEDA ABREU, Consuelo, "Los derechos humanos en los orígenes del Estado constitucional", en Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH / UNED, 2000, pp. 159-205.

- MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor Manuel, "Derechos humanos y Estado liberal", *Derechos Humanos México*, año 1, número 1, México, CNDH, 2006, pp. 49-65.
- MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor Manuel, "Los derechos humanos, objeto de discordias", *Confluencia XXI. Revista de Pensamiento Político (Órgano Teórico Trimestral del Partido Revolucionario Institucional)*, número 2, México, julio-septiembre 2008, pp. 82-89.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 3a. ed., Barcelona, PPU, 1990, 865 pp.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, 409 pp.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, Inacipe, 2003, 140 pp.
- RODRÍGUEZ DEvesa, José María, *Derecho penal español, parte general*, Madrid, Dykinson, 1986, 1073 pp.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal, parte general*, Madrid, Civitas, 1978, 357 pp.
- ROSAL, Juan del, *Tratado de derecho penal español (parte general)*, Madrid, Imprenta Aguirre, 1969, vol. I, 842 pp.
- SQUELLA, Agustín, "Una descripción del derecho", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 27, México, ITAM, octubre 2007, pp. 51-70.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Función simbólica y objeto de protección del derecho penal", *Pena y Estado, Función Simbólica del Derecho Penal*, número 1, Barcelona, 1991, p. 22.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, Introducción a *Beccaria De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1969, pp. 9-58.
- ZAMORA GRANT, José, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, 2a. ed., México, Inacipe, 2009, 213 pp. (Colección Victimológica)

El derecho a la privacidad en las redes sociales en internet

*Diego García Ricci**

RESUMEN: Este trabajo examina el fenómeno de las redes sociales en Internet y su impacto en la esfera de los derechos humanos, concretamente, en el derecho a la privacidad. Se presenta al lector una conceptualización, contenido y alcances de este derecho, que sirven como punto de partida para entender su interrelación con los ambientes virtuales. También se analizan las razones por las que los individuos difunden su información personal sin reparar en los posibles daños a su vida privada. Al final se propone entender el derecho a la privacidad conforme a las exigencias de esta nueva era digital.

ABSTRACT: *This text analyzes the phenomenon of the internet social networks and their impact in the human rights sphere, specifically in the right to privacy. The reader is offered a conceptualization, content, and outreaches of this right that serve as a starting point to understand their relationship with virtual environments. The reasons and causes because of which individuals spread their personal information regardless of any possible damage to their private life are also studied. The article concludes with the proposal to understand the right to privacy in accordance to the needs of this new digital era.*

SUMARIO: Introducción. I. La realidad actual en la era digital. II. Redes sociales y redes sociales online. III. El derecho a la privacidad. 1. Concepto. 2. Orígenes. 3. Componentes. 4. Contenido. 5. Razonable expectativa de privacidad. IV. Información y privacidad en los ambientes virtuales. 1. El flujo de información. 2. La paradoja de la privacidad. 3. Riesgos en la privacidad. 4. Factores que intervienen en la difusión de la información. 5. Una posible explicación al comportamiento de los usuarios de las redes sociales: la heurística. V. El derecho a la privacidad en las redes sociales en Internet. VI. Conclusiones.

Introducción

La popularidad de las redes sociales en Internet se ha incrementado exponencialmente en los últimos cinco años. Estos medios de comunicación han despertado el interés no sólo de estudiantes universitarios sino de toda la población en general en todo el mundo. Cada vez son más las personas deseosas de

* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

pertenecer a una comunidad virtual que les permita intercambiar, con otros como ellos, actividades, intereses o pasatiempos. Este creciente comportamiento social ha llamado la atención de los estudiosos de diferentes disciplinas como la comunicación, sociología, tecnologías de la información, psicología, mercadotecnia o ciencia política. El derecho, como toda ciencia social, no ha quedado excluido.

Los medios sociales han tenido un impacto importante en la esfera de los derechos humanos. Se han convertido en instrumentos poderosos para ejercer la libertad de expresión e, incluso, plataformas para promover el activismo en determinados temas de justicia social. Sin embargo, a través de las redes sociales en línea, también se han generado invasiones importantes al derecho a la privacidad, que han sido capaces de lesionar la dignidad de los individuos. Este trabajo analizará la dinámica de la relación entre este derecho fundamental y las redes sociales en Internet.

En la primera parte se presentará un breve panorama acerca de cuáles han sido las condiciones tecnológicas detonadoras del uso masificado de estas plataformas electrónicas, así como algunos datos relevantes respecto al número de usuarios de estos servicios en todo el mundo. En la segunda, se precisará el concepto de redes sociales en Internet y se resaltarán algunas diferencias importantes con las redes sociales convencionales. La conceptualización del derecho a la privacidad, sus orígenes, contenido y alcances se discutirán en la parte tercera de este artículo y servirán como marco de referencia para entender la compleja dinámica entre este derecho y los ambientes virtuales. En un cuarto lugar se analizarán los flujos de información surgidos a partir del registro de los usuarios en los sitios comunitarios *web*; los eventuales riesgos a la privacidad; los factores determinantes en la difusión de la información; y algunas razones que explican los motivos por los que los cibernautas revelan sus datos personales aún a pesar de los posibles daños a su vida privada. Finalmente, se propondrá una forma de entender el derecho a la privacidad, más en sintonía con esta nueva era digital.

I. La realidad actual en la era digital

Para entender el comportamiento de las sociedades del siglo XXI resulta indispensable reflexionar acerca las redes sociales *online*. El desarrollo de este fenómeno ha sido posible gracias a la expansión de la mayor innovación que la tecnología ha dado en las últimas décadas: Internet. Originada a finales de los años sesenta en unos campus universitarios estadounidenses, Internet es una interconexión de redes que utilizan un mismo protocolo de comunicación (TCP-IP), que dan lugar a una sola red lógica de alcance mundial. No se debe confundir con la *World Wide Web*, que es propiamente el universo de información accesible a través de Internet. Al ser

una red global, cualquier usuario provisto de un *modem* puede acceder a ella. Por la Red ha comenzado a circular una gran cantidad de información que súbitamente ha suplantado la circulación material de los bienes y servicios.¹ Internet facilitó el surgimiento de las nuevas tecnologías de la información y éstas a su vez consolidaron la formación de la sociedad de la información: la sociedad caracterizada por un modo de ser comunicacional que atraviesa todas las actividades humanas: industria, entretenimiento, educación, organización, servicios y comercio.² En la sociedad de la información “la información ocupa un lugar sustantivo y se convierte en fuente de riqueza”³

En los últimos años, el uso de Internet se ha incrementado exponencialmente. Un estudio efectuado en 2008 calculó que en el mundo existían alrededor de 475 millones de usuarios activos, esto es, que usaron la red a diario o por lo menos un día sí y otro no. Sus edades oscilaron entre los 16 y 54 años.⁴ Para 2009, se estima que la cifra alcanzará los 625 millones, lo que quiere decir que una de cada trece personas utilizará activamente los servicios *online*.⁵ Estas cifras adquieren relevancia porque sin ellas difícilmente se podría entender el fenómeno de las redes sociales en línea.

Este inconmensurable crecimiento de usuarios nos indica que Internet ha trascendido su aspecto meramente tecnológico para alcanzar una dimensión social de considerable importancia. Esto se debió en parte al surgimiento de otra innovación tecnológica: la *Web 2.0*. Acuñado por Tim O'Reilly durante una conferencia celebrada en el año de 2004,⁶ el término refirió a la “web como plataforma”, una nueva generación de la Red caracterizada por tres componentes.⁷ El primero es *Ajax*, acrónimo en inglés de *Asynchronous JavaScript And XML* (*JavaScript* asíncrono y *XML*) que, como refiere Paul Graham, básicamente quiere decir “Javascript ahora funciona”. *Ajax* es una técnica para desarrollar aplicaciones web interactivas, similares a las uti-

¹ María de la Luz Casas Pérez, “La identidad nacional en la sociedad de la información”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, año XLV, núm. 185, mayo-agosto de 2002, p. 36.

² Delia Crovi Druetta, “Sociedad de la información y el conocimiento. Entre el optimismo y la desesperanza”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, año XLV, núm. 185, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, mayo-agosto de 2002, p. 16.

³ *Idem*.

⁴ Véase la encuesta *Power to the People-Social Media Tracker, Wave 3*, de Universal McCann, marzo de 2008, disponible en: http://www.universalmccann.com/Assets/wave_3_20080403093750.pdf (última visita: septiembre 28, 2009).

⁵ Véase la encuesta *Power to the People-Social Media Tracker, Wave 4*, de Universal McCann, julio de 2009, disponible en: <http://universalmccann.bitecp.com/wave4/Wave4.pdf> (última visita: septiembre 28, 2009).

⁶ Véase la página electrónica <http://web.archive.org/web/20040606020305/www.web2con.com/> (última visita: septiembre 28, 2009).

⁷ Véase Graham Paul, *Web 2.0*, ensayo publicado en 2005 y disponible en la página de Internet del autor: <http://www.paulgraham.com/web20.html> (última visita: septiembre 28, 2009).

lizadas por las *desktops* convencionales. El segundo componente es el elemento democrático. Esto quiere decir que hoy día cualquier aficionado puede superar a un profesional especializado y publicar todo tipo de información en la Red. Como ejemplo de esto se señalan *Wikipedia* y *Reddit*, dónde los propios cibernautas determinan el contenido final de esos sitios.⁸ Finalmente, el tercer componente de la *Web 2.0* es el de “no maltrato a los usuarios”, esto es, ser amigables con ellos, ofrecerles tecnología al menor costo y no requerirles demasiada información personal en aquellos casos de servicios gratuitos.⁹ Podría verse en *iTunes* una muestra de este aspecto: un consumidor no necesita adquirir todo un álbum cuando sólo le gustan un par de canciones de un artista o grupo musical. El sitio *Web 2.0* por excelencia es *Google*, pues reúne estos tres componentes.¹⁰

La *Web 2.0* lentamente ha venido desplazado a las tradicionales páginas electrónicas estáticas (*Web 1.0*) por otras donde la participación de los usuarios resulta fundamental para determinar sus contenidos. Es aquí donde se inscriben los medios sociales: *blogs*, *wikis*, sitios web para compartir videos o fotografías y las redes sociales en línea. Más que páginas electrónicas, se trata de verdaderos espacios donde usuarios distintos, pero con intereses similares, intercambian ágilmente información de tal forma que construyen una verdadera comunidad virtual.

De todos los medios electrónicos del tipo *Web 2.0*, las que mayor popularidad han alcanzado a nivel mundial en los últimos años son las redes sociales en línea; tal ha sido su éxito que actualmente se consideran como las plataformas dominantes tanto para la creación como para el intercambio de contenidos de información.¹¹ De los 625 millones de usuarios activos de Internet que se estima existen actualmente, dos terceras partes se han registrado en alguna de dichas redes, lo que equivale a 417 millones.¹² Esta cifra revela un incremento del 57 % respecto de los datos registrados en marzo de 2008.¹³

El acelerado incremento del uso de las redes sociales en línea se debe a un súbito giro en el gusto de los consumidores, quienes cada día más dirigen su atención hacia la vida digital ofrecida por sitios como *Facebook*, *MySpace* u *Orkut*.¹⁴ Algunos especialistas explican que el cambio se debe a que ha ocurrido una “racionalización”

⁸ www.wikipedia.com y www.reddit.com

⁹ Véase Paul Graham, *How to Start a Startup*, ensayo publicado en marzo de 2005 y disponible en la página de internet del autor: <http://www.paulgraham.com/start.html> (última visita: septiembre 28, 2009).

¹⁰ Véase Paul Graham *op. cit.*, *supra* nota 7.

¹¹ *Power to the People-Social Media Tracker, Wave 4*, *supra* nota 5, p. 4.

¹² *Ibid.*, p. 14

¹³ *Power to the People-Social Media Tracker, Wave 3*, *supra* nota 4, p. 35.

¹⁴ Las páginas electrónicas de estos sitios son, respectivamente, <http://www.facebook.com/>, <http://www.myspace.com/> y <http://www.orkut.com/>

de los medios sociales,¹⁵ donde las redes sociales *online* han prevalecido debido a que ofrecen a los cibernautas la posibilidad de escribir *blogs*, compartir fotografías y videos en una misma plataforma. De esta forma, un mismo sitio *consolida* los servicios ofrecidos por otros como *Flickr* o *Blogger*.¹⁶

II. Redes sociales y redes sociales *online*

Cada vez son más los individuos que eligen a las redes sociales en línea como un medio efectivo para comunicarse con el resto de la sociedad. Así lo demuestran los hechos: de los 625 millones de usuarios activos de internet, se estima que el 64.1 % dedica un tiempo determinado a organizar su página personal, mientras que el 71 % ha visitado por lo menos una vez el perfil de uno de sus amigos. En México, alrededor de 3.1 millones de cibernautas manejan una página personal dentro de una de las tantas redes sociales *online* con presencia en nuestro territorio. Esta cifra, no obstante, resulta demasiado baja si se compara con los millones de usuarios que existen en otros países: Estados Unidos de América, 57.8m; China, 111.8m; Japón, 10.2m; Brasil, 15.6m; Corea del Sur, 11.9m; Malasia, 8.4m; y Perú, 5.3m, tan sólo por mencionar algunos.¹⁷

Los medios sociales nos revelan un comportamiento social cada vez más vinculado al uso de las tecnologías de la información; sin embargo, cabría preguntarse si al utilizar dichos medios, el individuo no pone en riesgo aspectos tan inherentes a su persona como lo es su derecho a la privacidad. Antes de hablar sobre este problema, resulta indispensable establecer los conceptos de redes sociales, por una parte y el de derecho a la privacidad, por la otra.

Para empezar, se debe distinguir entre redes sociales y redes sociales *online*. Las primeras son estructuras sociales construidas por ciertos individuos que se encuentran conectados unos con otros a través de una relación de interdependencia como lo es la amistad, el parentesco, el intercambio económico, las creencias e incluso las relaciones sexuales. Estas relaciones de interdependencia varían en fuerza y profundidad, pero la característica principal es que la información fluye entre todos los miembros ("nodos") interconectados a la red, una vez que estos han hecho pública

¹⁵ *Power to the People-Social Media Tracker, Wave 4, supra* nota 5, pp. 24-27.

¹⁶ *Flickr* es un sitio web donde los usuarios pueden buscar, almacenar, organizar y compartir fotografías y videos. *Blogger*, por su parte, es una herramienta de publicación gratuita de *blogs*. Véase al respecto <http://www.flickr.com/> y <http://www.blogger.com/>, respectivamente.

¹⁷ *Power to the People-Social Media Tracker, Wave 4, supra* nota 5, pp. 20-22.

su información personal.¹⁸ Por su parte, las redes sociales *online* son “servicios prestados a través de Internet, que permiten a los usuarios generar un perfil público, [en el que] se plasma[n] datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado”.¹⁹

Entre los dos tipos de redes antes descritos existen diferencias importantes. En las redes sociales, las ligas se clasifican como “fuertes o débiles”, en función de qué tan cercana e íntima el sujeto perciba su relación con los otros miembros de la red. En las redes sociales *online*, en cambio, se reducen estos matices y a sus miembros simplemente se les clasifica como “amigo o no”.²⁰ Dada esta clasificación, uno se preguntaría, ¿bajo qué criterio se clasificaría a una persona como “amigo”? El parámetro, sin duda, lo definirá cada uno de los usuarios; sin embargo, la tendencia común es listar como “amigo” aquél que el usuario conoce y no le desagrada.²¹ De esta forma, es común encontrar en las listas de contactos de los usuarios de las redes sociales, personas que ellos mismos señalan como “amigos”, pero que en realidad ni conocen a cabalidad ni confían en ellos.

Otra diferencia entre ambos tipos de redes es la fortaleza que hay detrás de las ligas que unen a sus miembros. Mientras que en las redes sociales las ligas son “fuertes”, en su contraparte *web* predominan las “ligas débiles” porque la tecnología posibilita la formación de ligas un tanto más superficiales.²² Una tercera distinción entre ambos tipos de redes es el número de miembros que las integran. Se estima que una red social incluye una docena de ligas íntimas o significativas y entre 1000 y 1700 “conocidos”, mientras que una red social *online* podría incluir cientos de “amigos” directos y cientos de miles de amigos adicionales, con tan sólo tres grados de

¹⁸ Ralph Gross y Alessandro Acquisti, “Information Revelation and Privacy in Online Social Networks (the Facebook Case)”, en *ACM Workshop on Privacy in the Electronic Society (WPES)*, disponible en: <http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/privacy-facebook-gross-acquisti.pdf> (última visita: septiembre 28, 2009)

¹⁹ Véase *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*, elaborado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Información (INTECO) y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), febrero de 2009, pp. 37-38. La copia electrónica de dicho estudio se encuentra disponible en: http://www.inteco.es/Seguridad/Observatorio/Estudios_e_Informes/Estudios_e_Informes_1/est_red_sociales_es (última visita: septiembre 28, 2009)

²⁰ Ralph Gross y Alessandro Acquisti, *op. cit.*, *supra* nota 18, pp. 2 y 3.

²¹ Dana Boyd, “Friendster and Publicly Articulated Social Networking”, en *Conference on Human Factors and Computing Systems (CHI 2004)*, Viena, abril de 2004, disponible en: <http://www.danah.org/papers/CHI2004Friendster.pdf> (última visita: septiembre 28, 2009).

²² J. Donath y D. Boyd, “Public displays of connection”, en *BT Technology Journal*, vol. 22, núm. 4, octubre de 2004, p. 80. Una versión electrónica de este artículo se encuentra disponible en: <http://smg.media.mit.edu/papers/Donath/PublicDisplays.pdf> (última visita: septiembre 28, 2009).

separación con el titular del perfil público.²³ De esta manera, se podría decir que las redes sociales *online* son más grandes, pero están conformadas por ligas más “débiles”, que dan lugar a comunidades imaginarias, dónde la confianza entre los miembros dista mucho de la que existe en las redes sociales convencionales.

Precisadas las diferencias entre ambos tipos de redes sociales, ahora corresponderá reflexionar acerca del derecho a la privacidad.

III. El derecho a la privacidad

1. Concepto

El derecho a la privacidad es el derecho que todo individuo tiene a separar aspectos de su vida privada del escrutinio público. Si bien, este derecho no fue reconocido como tal por el Constituyente de 1917,²⁴ el artículo 16 constitucional prescribe ciertas protecciones aisladas sobre aspectos relacionados con la privacidad, como lo es el hecho de que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones sino en virtud de una orden escrita firmada por autoridad competente. Ni la jurisprudencia²⁵ ni la doctrina²⁶ mexicanas han acuñado algún concepto

²³ Ralph Gross y Alessandro Acquisti, *op. cit.*, *supra* nota 18, p. 3.

²⁴ No obstante, este derecho sí se encuentra reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos. Véase el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966. En términos del artículo 133 constitucional y su interpretación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ambos instrumentos están integrados al orden jurídico mexicano.

²⁵ Recientemente, en 2008, la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación comenzó a reconocer este vacío y emitió una tesis aislada donde define muy precariamente el derecho a la privacidad. Al respecto, véase: tesis 2a.LXIII/2008, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, segunda sala, t. XXVII, mayo de 2008, página 229, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/UnaTesisInkTmp.asp?nlus=182497&cPalPrm=PRIVACIDAD,&cFrPrm=> (última visita: septiembre 28, 2009).

²⁶ A diferencia de lo ocurrido en otros países, el derecho a la privacidad no ha tenido un desarrollo extenso en la doctrina mexicana. En parte, esto se podría atribuir al hecho de que la atención de los especialistas se ha enfocado más a tratar otros aspectos previstos en el artículo 16 constitucional que inciden o no dentro de dicho derecho: principio de legalidad, privación de la libertad e inviolabilidad tanto del domicilio como de las comunicaciones privadas. Para una revisión doctrinal de derecho comparado, véase Marcia Muñoz de Alba Medrano, “Derecho a la privacidad en los sistemas de información pública”, *Estudios en homenaje a Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, IIJ, 2000, pp. 571-609. La mayoría de los autores mexicanos han tratado el tema desde la aproximación de la doctrina española, esto es, analizan conjuntamente *el derecho al honor, a la intimidad* (no así *a la privacidad*) y *a la propia imagen*. Al respecto, véase Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, Porrúa, pp. 449-470. En derecho español, José Alfredo Caballero Gea, *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la*

relacionado con este derecho en el sentido antes expuesto; a lo sumo, sólo han recogido los avances alcanzados en otras jurisdicciones.

No obstante lo anterior, en junio de 2009 se incorporó al mismo artículo 16 constitucional el derecho a la protección de los datos personales y la correlativa facultad que toda persona tiene para acceder, rectificar, cancelar u oponerse a la divulgación de dichos datos.²⁷ Si bien este derecho, en sí mismo, no agota el derecho a la privacidad (éste incluye a aquél), la incorporación constitucional representa un avance importante en nuestro orden jurídico, pues ha sentado la bases para el desarrollo conceptual del derecho a la privacidad.

Dado que este trabajo sólo pretende examinar la compleja dinámica entre el derecho a la privacidad y las redes sociales en Internet, no se entrará al análisis del escaso tratamiento legislativo y normativo que el orden jurídico mexicano le ha dado a dicho derecho.²⁸

2. Orígenes

Los orígenes del derecho a la privacidad se remontan al año 1881, en un caso en los Estados Unidos de América, en el que una mujer demandó haber sido observada, en contra de su voluntad, cuando daba a luz.²⁹ La corte determinó que había ocurrido una violación a su “derecho a la privacidad en su departamento”. El surgimiento formal de este derecho, no obstante, se encuentra en el artículo *The Right to Privacy*, escrito en 1890 por Samuel Warren y por quien años más tarde se convertiría en juez de la Suprema Corte de Estados Unidos: Louis Brandeis. Estos autores definieron el derecho a la privacidad de manera muy simple: “*the right to be let alone*”, “el derecho a no ser molestado”. Los casos analizados en su trabajo incluyeron uno en Inglaterra, en el que una corte había otorgado una “orden por pérdida de confianza” (*breach of confidence*), que restringió la distribución de unos grabados del Príncipe Alberto y la Reina Victoria; otro en Francia, en el que un juez había protegido a la familia de una actriz, al prohibir la circulación de unos retratos en los que ella aparecía en su lecho de muerte; y uno más en Alemania, en el que un tribunal ordenó, a petición

propia imagen calumnias e injurias, Madrid, Dykinson, 2004, Ana Azurmendi Adarraga, *El derecho a la propia imagen. Su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid, Civitas, 1997.

²⁷ La reforma constitucional se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación el 1 de junio de 2009.

²⁸ Para una actualizada revisión legal y normativa sobre el derecho a la privacidad, véase Ingrid Breña Sesma, “Privacidad y confidencialidad de los datos genéticos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número conmemorativo, sexagésimo aniversario, México, UNAM, III, 2008, pp. 109-125.

²⁹ Véase Andrew Clapham, *Human Rights: A Very Short Introduction*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2007, p. 109.

de sus hijos, la confiscación de unas fotos en las que aparecía Otto von Bismarck también en su lecho de muerte.³⁰ Así, las preocupaciones del siglo XIX se centraban en la no autorizada observación o publicación de imágenes del individuo.

3. Componentes

El derecho a la privacidad tiene dos componentes, en algunas ocasiones, uno muy distinto del otro, y, en otras, muy intrincados. El primero es *el derecho a aislarte*: de tus amigos, familia, vecinos, comunidad, gobierno. Esta facultad te permite escudarte —física y emocionalmente— de las entrometedoras miradas de los demás. El segundo es el *derecho a controlar la información de ti mismo*, incluso después de haberla divulgado. Esto quiere decir que tú eliges cuándo, cómo y hasta qué grado compartes tu información personal. Esta dimensión del derecho te permite participar activamente en sociedad sin necesidad de renunciar al control de tus datos personales. Entendido de esta manera, el derecho a la privacidad te permite decidir cuándo participas en sociedad y cuándo te retiras.³¹

4. Contenido

Comúnmente se equipara el derecho a la protección de los datos personales con el derecho a la privacidad; sin embargo, el espectro de protección de este último es mucho mayor, pues no sólo abarca la información personal, sino también asuntos relacionados con el domicilio, la familia, el correo, el honor, la reputación, las relaciones afectivas y en general, todas aquellos espacios en los que se desarrolla nuestra personalidad. Lo anterior cobra relevancia si se considera que el avance tecnológico ha propiciado el surgimiento de una era digital, en dónde el uso de las nuevas tecnologías de la información —como el Internet, los archivos e imágenes digitales, los correos electrónicos, los mensajes *GSM* y el uso del escáner en el cuerpo humano— plantea nuevos desafíos a la privacidad de los individuos. En todo caso, el derecho a la privacidad debe entenderse siempre como un derecho dinámico, capaz de adaptarse a estos y otros nuevos retos de las sociedades modernas.

³⁰ *Idem.*

³¹ Janlori Goldman, "Privacy and Individual Empowerment in the Interactive Age", en Colin Bennett y Rebecca Grant, eds., *Visions of Privacy: Policy Choices for the Digital Age*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, pp. 101-102.

El derecho a la privacidad no es absoluto, por lo que podría entrar en conflicto con otros derechos y libertades fundamentales, como la libertad de expresión, de imprenta, el derecho a la información e incluso, la salvaguarda de valores de interés general como lo es la prevención del delito o la salud pública. ¿Cómo salvar esta paradoja? Una sociedad democrática, orientada a los derechos humanos, debe analizar los diferentes contextos sociales; encontrar el balance adecuado y dar cabida a todos los valores que, eventualmente, pudieran entrar en conflicto.

5. Razonable Expectativa de Privacidad

La jurisprudencia de otros países —como la de Estados Unidos de América o Canadá— ha desarrollado importantes estándares derivados del derecho a la privacidad, como lo es la *razonable expectativa de privacidad*: todo individuo tiene una expectativa de privacidad que la sociedad reconoce como razonable.³² De esta forma, un individuo puede preservar como “privados” diversos aspectos de su vida, aún cuando se encuentre en lugares públicos, como podrían ser las cabinas de teléfono, vestidores y sanitarios. Hace falta desarrollar en el derecho mexicano estándares objetivos como la *razonable expectativa de privacidad*, a fin de dotar de contenido sustantivo a un derecho que, por su propia naturaleza, será siempre controvertido.

Una vez que se ha señalado tanto el contenido como los componentes del derecho a la privacidad, quedaría por determinar si este derecho podría existir dentro de las redes sociales en línea. Para ello, resulta indispensable analizar qué tipo de información personal se encuentra comúnmente disponible en esos sitios virtuales de interacción social.

IV. Información y privacidad en los ambientes virtuales

1. El flujo de información

Por su propia naturaleza, las redes sociales en línea son espacios de comunicación dónde el intercambio de información resulta indispensable. El nivel de detalle de los datos personales intercambiados varía según el sitio *web* de que se trate, pero una práctica generalizada es la presentación de los participantes a través de un *perfil*. Éste incluye el nombre real o pseudónimo del usuario y su red de contactos. La veracidad

³² Vid. *Katz v. U.S.*, 389 U.S. 347, 361 (1967).

de los nombres se encuentra ligada a los diferentes tipos de comunidades virtuales.³³ En sitios como *Facebook*, donde la red social *en línea* se encuentra fuertemente vinculada con la de la vida real, la autenticidad de los datos resulta determinante;³⁴ ésta, no obstante, pierde importancia en *Skyscraperpage*, pues el objetivo principal de esta página electrónica no es la interacción social *cara a cara* sino fomentar el intercambio de fotografías de rascacielos y convertirse en un foro de expresión sobre los nuevos desarrollos urbanos localizados alrededor del mundo.³⁵

Los perfiles también pueden contener otro tipo de información personal como la fotografía del usuario; nombres de las escuelas o centros de trabajo a los que ha asistido; sus preferencias políticas o sexuales; sus gustos musicales o literarios; su estado civil; su edad; sus *hobbies* e intereses; su dirección de correo electrónico, e incluso, su domicilio y números telefónicos. Estos datos pueden ser visualizados por todos los miembros de su red de contactos. Es aquí dónde comienza el encanto: los cibernautas dedican un determinado tiempo de su día a revisar los perfiles —y sus actualizaciones— de los demás miembros de su comunidad *online*. Como ya se señaló líneas arriba, el 71.1% de los usuarios activos de Internet visitó el perfil de alguno de sus amigos de su red social en Internet.

Si el derecho a la privacidad es aquél que tiene todo individuo de sustraer aspectos de su vida del escrutinio público, ¿cómo funciona la privacidad en las redes sociales? Gross y Acquisti explican la compleja relación que existe entre ambas:

The relation between privacy and a person's social network is multi-faceted. In certain occasions we want information about ourselves to be known only by a small circle of close friends, and not by strangers. In other instances, we are willing to reveal personal information to anonymous strangers, but not to those who know us better.³⁶

La relación entre privacidad y la red social de una persona es multifacética. En ciertas ocasiones queremos que información nuestra sólo sea del conocimiento de un pequeño círculo de amigos cercanos y no de extraños. En otras, buscamos revelar información personal a anónimos extraños, pero no a aquellos que nos conocen mejor. (Traducido por el autor)

³³ Ralph Gross y Alessandro Acquisti, *op. cit.*, *supra* nota 18, pp. 2

³⁴ Esto se demuestra con el hecho de que en *Facebook*, por ejemplo, los nombres que aparecen en los perfiles de los usuarios coinciden con los de la vida real. Si un usuario usara un nombre falso, difícilmente podría ser aceptado por sus otros “amigos”, pues éstos, al ver un nombre distinto, pensarán que se trata de un desconocido y por lo mismo, disminuirán las posibilidades de incluirlo en su red de contactos.

³⁵ Véase <http://skyscraperpage.com/>

³⁶ Véase Ralph Gross y Alessandro Acquisti, *op. cit.*, *supra* nota 18, pp. 2 y 3.

De acuerdo con estos autores, no existe un patrón o regla a seguir cuando se trata de la privacidad de los individuos dentro de las redes sociales. Sin embargo, podría aseverarse que en términos generales, los seres humanos tendemos a ser cuidadosos respecto de la divulgación de nuestra información personal. Es precisamente aquí donde se inscribe el derecho a la privacidad: nosotros elegimos a quiénes, en qué momento y bajo qué circunstancias comunicamos a los demás miembros de nuestra red social nuestros datos más íntimos.

2. La paradoja de la privacidad

Si bien los individuos asumen una actitud muy cuidadosa con respecto a la divulgación de sus datos privados, en los ambientes virtuales como lo son las redes sociales *en línea*, esta actitud tiende a relajarse considerablemente. A través de estos sitios son los usuarios quienes *gustosamente*, de manera libre y espontánea, comparten un gran cúmulo de información personal, con una comunidad integrada tanto por amigos cercanos como por un importante número de desconocidos. Este comportamiento se denomina como la “paradoja de la privacidad” (*privacy paradox*): mientras que a un individuo le preocupa el uso que se le pueda dar a su información personal —y, dada esta preocupación, uno supondría la adopción de un conducta cautelosa al momento de difundir sus datos— en la práctica, es común encontrar a ese mismo individuo difundiendo descuidadamente su información, comportándose con un marcado desinterés hacia las medidas de protección de sus perfiles de datos.³⁷

Carey y Burkell sostienen que si bien los usuarios de Internet generalmente profesan una preocupación por su privacidad, en términos reales hacen muy poco por protegerla. La paradoja de la privacidad —afirman estos autores— resulta evidente cuando dichos usuarios demuestran un bajo nivel de conocimiento de las medidas de protección de la privacidad que existen en los ambientes *online*.³⁸ De esta forma, aunque la privacidad es un tema que generalmente preocupa a los usuarios de las redes sociales, éstos, ya sea por ignorancia, desinterés o falta de cuidado, no prestan

³⁷ Véase Patricia Norberg, Daniel Horne y David Horne, “The Privacy Paradox: Personal Information Disclosure Intentions versus Behaviors”, *The Journal of Consumer Affairs*, vol. 41, núm. 1, Estados Unidos de América, El Consejo Americano en Intereses del Consumidor (*The American Council on Consumer Interests*), 2007, pp. 101 y ss., disponible en: <http://road.uww.edu/road/peltierj/Privacy/Privacy%20paradox.pdf> (última visita: septiembre 28, 2009).

³⁸ Véase Robert Carey y Jaqueline Burkell, “A Heuristics Approach to Understanding Privacy-Protecting Behaviors in Digital Social Environments”, en Ian Kerr, Valerie Steeves y Carole Lucock, eds., *Lessons from the Identity Trial*, Estados Unidos, Oxford University Press, pp. 68 y ss., disponible en: http://www.idtrail.org/files/ID%20Trail%20Book/9780195372472_kerr_04.pdf (última visita: septiembre 28, 2009).

la atención debida a las medidas de protección que en esta materia ofrecen los propios sitios *web* e incurren en revelaciones descuidadas de su información personal.

3. Riesgos en la privacidad

La difusión descuidada de los datos personales, en sí misma, no configura un atentado a la privacidad de los usuarios de las redes sociales, pues fueron ellos mismos quienes decidieron hacer públicos ciertos aspectos de su vida privada. Los riesgos a su privacidad, no obstante, aparecerán en función del uso que a su información personal le den los otros miembros de la comunidad virtual. Existen diferentes tipos de riesgos, los cuales se determinan en función de la extensión y nivel de intimidad de los datos revelados. Gross y Acquisti refieren algunos: robo de identidad; acoso físico y en línea; “balconeo” (*embarrassment*); ventas diferenciadas o discriminación en precios (*price discrimination*) y chantajes.³⁹ Si bien las políticas de protección a la privacidad de los sitios *web* ofrecen medidas para salvar a los usuarios de este tipo de riesgos, nadie se encuentra exento de padecerlos.

4. Factores que intervienen en la difusión de la información

Líneas arriba se subrayó el incremento sostenido del número de usuarios de las redes sociales en línea. Esto permite suponer que a pesar de los riesgos a la privacidad, cada vez son más las personas dispuestas a proporcionar su información personal a cambio de pertenecer a una determinada comunidad virtual. ¿A qué podrá atribuirse este paradójico comportamiento social? Existen diversos factores, pero algunos autores coinciden en señalar que en el fondo, se trata de una dinámica de costo-beneficio: la percepción de los beneficios en la difusión de datos privados a “extraños” resulta mucho mayor a la de los costos de sufrir posibles invasiones a la privacidad.⁴⁰ Sobre este punto se volverá más adelante.

Diferentes factores propician la divulgación de los datos personales a través de las redes sociales en línea. Gross y Acquisti mencionan algunos muy interesantes. El primero de ellos es el “autoseñalamiento” (*signalling*), que podría explicarse como el interés de un individuo de darse a conocer a los demás, “señalándose” a sí mismo. Aquí se aprecia claramente la dinámica costo-beneficio: “si me doy a conocer, a cam-

³⁹ Ralph Gross y Alessandro Acquisti, *op. cit.*, *supra* nota 18, p. 3.

⁴⁰ Véase Robert Carey y Jaqueline Burkell, *op. cit.*, *supra* nota 38, p. 72. En ese mismo sentido, Ralph Gross y Alessandro Acquisti, *op. cit.*, *supra* nota 18, p. 3.

bio, conoceré a los demás". Otros factores son: la "presión del grupo" (*peer pressure*); "comportamiento rebaño" (*herding behavior*); "actitudes relajadas o falta de interés en la privacidad personal" (*relaxed attitudes towards (or lack of interest in) personal privacy*); "información incompleta acerca de las posibles implicaciones en la privacidad por revelar información" (*incomplete information (about the possible privacy implications of information revelation)*); "fe en el proveedor del servicio de red social o confianza en sus miembros" (*faith in the networking service or trust in its members*); "miopía en la evaluación de los riesgos de la privacidad" (*myopic evaluation of privacy risks*); y, "el propio uso de la interfase, diseñada para que los usuarios acepten sin cuestionar los estándares de privacidad previamente predeterminados" (*the service's own user interface, that may drive the unchallenged acceptance of permeable default privacy settings*).⁴¹

Este comportamiento social, de difundir información personal a través de las redes sociales sin reparar en las eventuales invasiones a la privacidad, se atribuye a diferentes razones. Como ya se señaló antes, la decisión de los usuarios se adopta en función de la evaluación del costo-beneficio que supone revelar sus datos. Esta apreciación, no obstante, resulta demasiado compleja debido a la naturaleza incierta de los mismos daños: éstos podrían nunca llegar a ocurrir. Carey y Burkell dan como ejemplo la revisión de fotografías publicadas en *Facebook* por parte de un potencial patrón y concluyen que esta posibilidad pocas veces se verifica. En todo caso —sostienen estos autores— quien decida difundir sus datos, deberá evaluar los riesgos, pero la evaluación será compleja porque éstos son completamente desconocidos.⁴² Piénsese por ejemplo en un caso ocurrido este año en Inglaterra, en el que una adolescente de 16 años de edad publicó en *Facebook* lo aburrido que encontraba su nuevo trabajo. Tres semanas más tarde fue despedida de la empresa. ¿La razón? Su jefe encontró los comentarios sobre su aburrimiento en la referida red social.⁴³ Este evento ilustra la complejidad de la evaluación de los riesgos: la empleada juzgó como poco probable la posibilidad de ser descubierta por su patrón.

⁴¹ Ralph Gross y Alessandro Acquisti, *op. cit.*, *supra* nota 18, pp. 3 y 4.

⁴² Robert Carey y Jaqueline Burkell, *op. cit.*, *supra* nota 38, p. 74.

⁴³ Véase "Teenage office worker sacked for moaning on Facebook about her 'totally boring' job", *Daily Mail*, 26 de febrero de 2009, disponible en: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1155971/Teenage-office-worker-sacked-moaning-Facebook-totally-boring-job.html> (última visita: septiembre 28, 2009). Una versión en español de este artículo apareció publicada en *El Universal* y se encuentra disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/notas/580016.html> (última visita: septiembre 28, 2009).

5. Una posible explicación al comportamiento de los usuarios de las redes sociales: la heurística

La incertidumbre de que ocurran o no atentados a la privacidad por la divulgación de la información personal es, pues, la regla general. ¿Cómo podría explicarse entonces el proceso de toma de decisiones realizado por los usuarios al momento de difundir sus datos a través de las redes sociales *online*? Carey y Burkell aplican la teoría del “juicio bajo incertidumbre” (*judgment under uncertainty*), desarrollada por Daniel Kahneman and Amos Tversky,⁴⁴ para explicar ese proceso. Estos últimos autores sostienen que al momento de evaluar la desconocida posibilidad de un evento incierto, los tomadores de decisiones se ven forzados en confiar en la heurística para emitir sus juicios.⁴⁵

La Real Academia Española define a la heurística como “una técnica de investigación o descubrimiento y en algunas ciencias, la manera para buscar la solución de un problema mediante métodos no rigurosos, como por tanteos, reglas empíricas, etcétera”.⁴⁶ De lo anterior se desprende que en la heurística no se sigue un razonamiento completamente racional. De acuerdo con Carey y Burkell, esta técnica permite decidir rápidamente una situación sin necesidad de encontrar la respuesta exacta u óptima y, en ocasiones, este razonamiento produce mejores resultados a los que se obtendrían bajo una aproximación completamente racional. Los autores argumentan que, en la apreciación de los riesgos en la privacidad por parte de los usuarios de las redes sociales *online*, la heurística ejerce una influencia determinante.⁴⁷

Carey y Burkell señalan la existencia de tres tipos de heurística al momento de evaluar los riesgos en la privacidad dentro del contexto de las redes sociales en línea: 1) de afectividad (*the affect heuristic*), 2) de disponibilidad (*the availability heuristic*) y 3) de representatividad (*the representativeness heuristic*). La primera sostiene lo siguiente: si la difusión de sus datos personales le produce al usuario una sensación de bienestar, ese usuario evaluará los riesgos a la privacidad como poco probables. Un ejemplo ilustrativo de este proceder es la redacción de los *blogs*. Usualmente, quienes escriben *blogs* son personas que experimentan esa sensación de bienestar al plasmar sus ideas por escrito y saber que éstas serán leídas por otros ci-

⁴⁴ Daniel Kahneman y Amos Tversky, “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science*, vol. 185, núm. 1147, Asociación Americana para el Fomento de la Ciencia, Estados Unidos de América, 1974, pp. 1124-1131, disponible en: http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf (última visita: septiembre 28, 2009).

⁴⁵ Robert Carey y Jaqueline Burkell, *op cit.*, *supra* nota 38, p. 74.

⁴⁶ Consulta elaborada a través de la página de internet <http://www.rae.es> (última visita: septiembre 28, 2009).

⁴⁷ Robert Carey y Jaqueline Burkell, *op cit.*, *supra* nota 38, p. 74.

bernavutas. En consecuencia, su apreciación de las posibilidades de que ocurran riesgos en su privacidad es menor si se compara con la de aquéllos a los que no les gusta escribir *blogs*.⁴⁸

La heurística de disponibilidad explica que un usuario se mostrará más preocupado por los riesgos en la privacidad si en su memoria se encuentran “disponibles” recuerdos concretos en los que la difusión de sus datos personales le paró algún perjuicio en su privacidad.⁴⁹ Lo anterior se podría ilustrar a través de un ejemplo. Regresemos al caso del despido de la empleada. De acuerdo con la heurística de disponibilidad, esta cibernauta mostrará una mayor preocupación por los riesgos en su privacidad cuando navegue en su red social en el futuro debido a que fácilmente recordará la consecuencia negativa (despido) de haber difundido su información personal. Así, en sus próximos *posts*, prestará un mayor cuidado en los datos dispuestos a revelar.

Por último, la heurística de representatividad explica que los usuarios desatenden los riesgos en la privacidad porque no se identifican con el *estereotipo* de persona que ellos mismos suponen como más susceptible de experimentar violaciones a su privacidad.⁵⁰ En términos simples, los usuarios actúan bajo la lógica de “a mí no me pasará”. Piénsese de nuevo en el caso de la mujer despedida porque su jefe leyó sus comentarios sobre el aburrimiento que sentía en su trabajo. Si una cibernauta tiene un jefe con un marcado desinterés hacia las redes sociales en línea, ella no se sentirá identificada por la empleada y por ende, juzgará como poco probable una violación a su privacidad por la difusión de comentarios similares.

V. El derecho a la privacidad en las redes sociales en internet

Si, como ya se señaló líneas arriba, en virtud del derecho a la privacidad un individuo puede sustraer aspectos de su vida privada del escrutinio público, este derecho, ¿realmente existe dentro de las redes sociales *online*? Se contestaría esta pregunta en sentido afirmativo. Desde hace mucho tiempo, la mayoría de las empresas proveedoras de estos servicios han incluido, dentro de sus propias páginas de Internet, políticas en materia de privacidad. Esto demuestra tanto la existencia del derecho como su reconocimiento por parte de los sitios sociales en Internet. A pesar de lo anterior, ¿por qué se verifican invasiones importantes al derecho a la privacidad de los cibernautas? La respuesta se encuentra relacionada con el comportamiento que

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 74-77.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 77-79.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 79-80.

éstos asumen al momento de registrarse en una red social: la adecuada revisión o no de las referidas políticas de privacidad.

Existen diferentes motivos por los que uno individuo no presta la atención necesaria a esas políticas. En los apartados anteriores se explicaron los diferentes factores que llevan a un individuo a difundir información personal y algunas explicaciones a este cada vez más creciente comportamiento social. En términos generales, se podría argumentar que los cibernautas difunden datos de su vida privada motivados por una "sensación de pertenencia" a un determinado grupo social. De esta forma, en su afán de integrarse a una comunidad en línea, un usuario podría perder de vista tanto la información personal que un sitio social le requiere para poder ser admitido como las políticas que se seguirán en el tratamiento de sus datos.

Si bien el comportamiento de los usuarios de las redes sociales es determinante para disminuir los riesgos de invasión a su vida privada, las empresas proveedoras de estos servicios también se encuentran obligadas a respetar el derecho a la privacidad de los cibernautas. Dichas empresas deben ofrecer un manejo responsable y cauteloso tanto de la información que poseen en sus archivos como de las aplicaciones que sus sitios *web* desarrollan, pues en ocasiones, éstas son generadas por terceros ajenos a los mismos sitios.

El derecho a la privacidad dentro de las redes sociales en Internet, al igual que el que existe en los ambientes *offline*, es ante todo un derecho humano, pues su violación supone lesiones importantes a la dignidad de las personas. Sin embargo, en el contexto de los medios sociales, este derecho debe entenderse bajo una perspectiva distinta: como una exigencia de los individuos de la sociedad de la información. Esto se advierte con el hecho de que tanto las sociedades en general como los Estados se encuentran obligados a vigilar el cumplimiento del derecho a la privacidad dentro de las redes sociales en línea. Lo anterior quedó perfectamente ilustrado por *Facebook* en 2009, tal como se explica a continuación.

La defensa del derecho a la privacidad en las redes sociales *online* por parte de la sociedad ocurrió en febrero de ese año, cuando el sitio social modificó su política de privacidad e introdujo una cláusula por virtud de la cual, los usuarios consentían en otorgarle la "apropiación y almacenamiento perpetuo de sus datos".⁵¹ Una protesta masiva fue iniciada inmediatamente a través de un *blog* defensor de los dere-

⁵¹ Véase "Facebook changes privacy policy again", en *New York Post*, 18 de febrero de 2009, disponible en: http://www.nypost.com/p/news/business/facebook_changes_privacy_policy_6gn1ZNdNq8LZuTXJYVLzal (última visita: septiembre 28, 2009); "Facebook reverses course on privacy policy", en *Reuters*, versión *online*, 18 de febrero de 2009, disponible en: <http://uk.reuters.com/article/idUKTRE51H6V820090218> (última visita: septiembre 28, 2009)

chos del consumidor llamado “El Consumidor” (*The Consumerist*).⁵² Ante las críticas, Mark Zuckerberg, creador de *Facebook*, rectificó dicha política y se vio obligado a regresar a las cláusulas originales.

La posibilidad de que un Estado vigile el cumplimiento del derecho a la privacidad en las redes sociales *en línea* también quedó demostrada en agosto de 2009 por Canadá. Luego de haber concluido una investigación relacionada con el uso que los terceros —por encargo de *Facebook*— le dan a la información personal para el desarrollo de aplicaciones como juegos o pruebas, la Oficina del Comisionado de la Privacidad de ese país emitió una serie de recomendaciones, las cuales estuvieron enfocadas a mejorar las políticas de privacidad de la empresa. El sitio social, voluntariamente, accedió a incorporar dichas recomendaciones.⁵³

VI. Conclusiones

Los medios sociales en Internet se han convertido en un poderoso medio de comunicación debido al cada vez más creciente número de cibernautas en el mundo que los utilizan. Esto ha sido posible gracias a los avances tecnológicos y al surgimiento de la *Web 2.0*: la aplicación informática que le ha permitido a Internet adquirir una dimensión comunitaria. La participación de la sociedad en las comunidades virtuales ha quedado demostrada a través de los grandes flujos de información intercambiados día con día en los ambientes *en línea*.

Las redes sociales *online* se han convertido en las favoritas de los cibernautas, pues permiten compartir ideas, intereses y afinidades a través de fotografías, videos, e imágenes. No obstante, en el intercambio de información personal, existen riesgos a la privacidad que muchas veces pasan inadvertidos para los usuarios. Esta situación los convierte en presas fáciles de los invasores de la vida privada. Dentro de los ambientes virtuales existe un derecho a la privacidad, el cual es reconocido por los medios sociales mediante la adopción de políticas de protección de los datos personales. La forma de entender este derecho debe estar en sintonía con esta nueva era digital y su cumplimiento será responsabilidad tanto de la sociedad en general como del propio Estado.

⁵² Véase: <http://consumerist.com/5150175/facebooks-new-terms-of-service-we-can-do-anything-we-want-with-your-content-forever> (última visita: septiembre 22, 2009)

⁵³ Véase: http://www.priv.gc.ca/media/nr-c/2009/nr-c_090827_e.cfm (última visita: septiembre 28, 2009).

Los nuevos derechos humanos: el derecho al agua y al saneamiento

Luisa Fernanda Tello*

RESUMEN: En los últimos años, el derecho al agua y al saneamiento ha sido objeto de un notorio desarrollo al interior del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas; no obstante, aún se debate si se trata de un derecho independiente o derivado de otros derechos humanos. En este trabajo se abordan brevemente los principales aspectos de la evolución, el desarrollo y el contenido del derecho al agua y al saneamiento, con la intención de poner sobre la mesa las posibles vías o mecanismos, tanto nacionales como de carácter internacional, para hacer exigible este derecho.

ABSTRACT: *During the last years the right to water and its treatment has been the object of a notable development inside the human rights protection system in the United Nations Organization. Even so, it is still a matter of debate if it is an independent right or if it is derived from other human rights. This text presents briefly the main issues of the evolution, development, and content of the right to water and its treatment with the object of putting on the table the possible ways and mechanisms, both national and international, to make this right an enforceable claim.*

SUMARIO: Introducción. I. Los nuevos derechos humanos. II. Evolución del reconocimiento del derecho al agua y al saneamiento. III. Contenido del derecho al agua y del acceso al saneamiento. 1. El derecho al agua. 2. El derecho al saneamiento. IV. Efectividad del derecho al agua y al saneamiento. V. Reflexiones finales.

Introducción

En este trabajo se muestra la evolución del derecho al agua como derecho humano, cuyo reconocimiento jurídico aún se encuentra sujeto a debate, pues no obstante los diversos instrumentos internacionales que lo contemplan, no se encuentra reconocido en ningún convenio vinculatorio de derechos humanos que lo consagre como un derecho general en beneficio de todos los seres humanos.

* Investigadora del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

Para hablar de la evolución del derecho al agua es necesario ubicarlo dentro de alguno de los grupos de derechos humanos existentes, por lo que se le considera como un derecho de tercera generación, en razón de la etapa de su surgimiento en el tiempo, no obstante que actualmente es considerado como un derecho de los económicos, sociales y culturales, como sucede también con el derecho al medio ambiente.

En este sentido, se aborda el contenido del derecho al agua conforme al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, derecho que desde los inicios de su configuración contiene aspectos relacionados con el acceso a los servicios de saneamiento básico, sin embargo, este tema no ha sido desarrollado con la misma fuerza que el acceso al agua potable en sí mismo, y dado que el déficit en esta área representa más del doble que el del acceso al agua, las obligaciones específicas derivadas del saneamiento han sido desarrolladas recientemente, mismas que pueden visualizarse de manera independiente, sin que esto implique que el acceso al saneamiento deje de constituir una parte integrante del derecho general al agua, cuyo contenido debe especificarse para que sea tomado en cuenta y realizado efectivamente.

Por último, se recurre a los posibles mecanismos para hacer viable este derecho, ya que hablar de su reconocimiento y evolución no sería de utilidad, sin argumentar sobre las vías para satisfacerlo.

I. Los nuevos derechos humanos

La clasificación de los derechos humanos conforme al momento de su surgimiento en el tiempo, se configura por medio de las llamadas generaciones de derechos humanos, que muestran la evolución en el reconocimiento de los derechos conforme al propio desarrollo del Estado, que en diferentes etapas ha acogido catálogos de derechos que lo han caracterizado en periodos determinados. Esta clasificación de los derechos contempla los modelos de evolución de los mismos, y ya que el sector de la doctrina no ha llegado a un consenso respecto al número de generaciones de derechos existentes ni a su contenido, ha hecho énfasis en la necesidad de utilizar esta teoría desde una perspectiva didáctica de clasificación, de modo que no llegue a entorpecer el estudio de los derechos.

No obstante, el modelo tradicional ha clasificado a los derechos humanos en tres generaciones principales, iniciando con los derechos civiles y políticos, como integrantes de la primera generación conocidos como derechos individuales o de libertad, por ser característicos del Estado Liberal del siglo XVIII, en el que se destacaron los principios de legalidad, seguridad jurídica e igualdad formal o ante la ley.

La función básica de este grupo de derechos fue la de limitar el poder estatal frente a los individuos, permitiendo el libre flujo de las relaciones sociales y económicas, y otorgando un importante reconocimiento al individuo; estos derechos se caracterizaron por imponer al Estado deberes consistentes en abstenerse de intervenir en la vida de las personas.

La segunda generación se constituye por los derechos sociales, surgidos a finales del siglo XIX, que en Europa estuvo marcado por el desarrollo económico y comercial derivado del capitalismo, así como por las nuevas tecnologías generadas con la revolución industrial; operó como respuesta a las profundas condiciones de pobreza de la clase trabajadora, a consecuencia de una inequitativa distribución de la riqueza y de la explotación laboral. La existencia de grandes desigualdades económicas y sociales dio origen al Estado Benefactor, que supuso la actuación del Estado como medio para satisfacer algunas necesidades materiales de la población.

Las normas correspondientes a este grupo de derechos obligan al Estado a garantizar a las personas un conjunto de necesidades mínimas para vivir, y condiciones equitativas en los ámbitos económico y social; la intervención del Estado se justifica con el fin de garantizar el acceso igualitario a los derechos ya establecidos, con la intención de constituir un contrapeso para compensar las desigualdades; por ello se les ha caracterizado como derechos de igualdad,¹ y, más específicamente, como derechos de igualdad material.² Es decir, suponen un equilibrio en el acceso a las necesidades básicas para la subsistencia, con miras al desarrollo y goce de todos los derechos y libertades; por ello, sus normas han sido caracterizadas como proveedoras y protectoras del bienestar económico y social.³

En la segunda mitad del siglo XX surgieron nuevas demandas sociales, que exigían novedosas reivindicaciones, algunas de las cuales fueron agrupadas y consideradas como integrantes de una tercera generación de derechos humanos; se les llamó derechos colectivos o de solidaridad, atribuyéndose su surgimiento a la necesidad de cooperación entre grupos y naciones para enfrentar problemas globales. Si bien, la mayoría de los autores que los explican no profundizan demasiado en el momento histórico, ni en los problemas o fenómenos que motivaron su surgimiento, algunos sectores de la doctrina contextualizan su aparición dentro de los múltiples movimientos sociales que por diversas causas y crisis se suscitaron durante los años sesenta y setenta.

¹ Luis Prieto Sanchís, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, Madrid, septiembre-diciembre, 1995, p. 17.

² Antonio Enrique Pérez Luño, "Dimensiones de la igualdad material", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Complutense, 1985, p. 273.

³ Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 5a. ed., 2007, p. 433.

Se ha llegado a afirmar que el nuevo grupo de derechos constituyó una respuesta a la llamada *contaminación de las libertades*, término utilizado dentro de la teoría social anglosajona para aludir a “la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante los usos de las nuevas tecnologías”;⁴ y aunque no todos los sectores de la doctrina recurren a este concepto, existe cierto consenso respecto a los problemas que aquejaban a los individuos en esa etapa de la historia.

Un modelo distinto sobre la clasificación de los derechos humanos conforme al momento de su surgimiento en el tiempo, ubica a la tercera generación, como la número cuatro, debido a una división de los derechos de la primera generación en dos generaciones de derechos; de esta manera, la primera se constituye dentro de un liberalismo privatista-individualista,⁵ por un grupo de derechos básicos para la vida, entre los que destacan, la protección de la propiedad y la libertad económica, y una segunda, que surgiría a finales del siglo XIX, y se integraría con derechos de participación política. Por lo tanto, la tercera generación correspondería a la segunda generación anterior, integrada por los derechos sociales, y la cuarta, a la antes tercera. No obstante el cambio en el número de generaciones, éste no modifica los derechos cuyo estudio nos ocupa, salvo por la diferencia de denominación de tercera a cuarta generación, que atendiendo a la clasificación tradicional, seguiremos llamando, tercera generación de derechos humanos.

La naturaleza de las normas de estos derechos no ha sido objeto de estudio profundo; sin embargo, puede establecerse que las obligaciones para cumplir con ellos sean tanto de hacer como de no hacer, dado que las diferencias teóricas entre las normas correspondientes a los derechos civiles y políticos (no hacer) y las de los derechos económicos, sociales y culturales (hacer) han sido superadas⁶ en virtud de que la plena realización de ambos grupos de derechos ha demostrado que requieren de los dos tipos de obligaciones. Así lo han definido Abramovich y Courtis, al establecer que todos los derechos tienen un costo, y prescriben tanto obligaciones negativas como positivas.⁷

⁴ Antonio Enrique Pérez Luño, *La tercera generación de derechos humanos*, Navarra, Arazandi, 2006, pp. 28-29.

⁵ Remedio Sánchez Ferriz, “Generaciones de derechos y evolución del estado (la evolución histórico-ideológica de las declaraciones de derechos: algún apunte discrepante sobre la teoría de las diversas generaciones de derechos)”, en Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH, UNED, 2004, p. 216.

⁶ Véase Magdalena Sepúlveda, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a la supuesta dicotomía en las obligaciones impuestas por los Pactos de Naciones Unidas”, en Octavio Cantón y Santiago Corcuera, coords., *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, México, Porrúa / Universidad Iberoamericana, 2004, pp. 112-119.

⁷ Víctor Abramovich y Christian Courtis, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en V. Abramovich, M. J. Añón y Ch. Courtis, *Derechos Sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, p. 56.

Otra característica de estos derechos es que son reivindicados por entes colectivos o grupos no organizados; entre ellos se contemplaron inicialmente el derecho a la paz, el derecho a comunicarse, el derecho al desarrollo, el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho a la autodeterminación de los pueblos y el derecho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad.⁸

Esta lista, aceptada inicialmente incluso por la ONU, ha sido modificada por algunos sectores de la doctrina que han incluido otros derechos dentro de esta generación, como el derecho a la descolonización;⁹ derechos relacionados con la identidad nacional y cultural, el entendimiento y la confianza, la cooperación internacional y regional, la justicia internacional, el uso de los avances de las ciencias y la tecnología, así como con la solución de problemas alimenticios y demográficos;¹⁰ el derecho a un nuevo orden internacional;¹¹ el derecho a la calidad de vida y el derecho de libertad informática,¹² e incluso el derecho a la asistencia humanitaria en caso de desastre.¹³

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que de este grupo de derechos, apenas han sido reconocidos jurídicamente el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado y el derecho al desarrollo, por lo que el catálogo se encuentra lejos de constituir un elenco cerrado, preciso y definidos; por lo que se podría considerar que cuenta con “un marco de referencia todavía *in fieri*, de las demandas actuales más acuciantes que afectan a los derechos y libertades de la persona”.¹⁴

En ese sentido, el transcurso del tiempo ha hecho visibles otros derechos no reconocidos específicamente al surgir esta generación, y que sin embargo, han con-

⁸ Véase Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, Coloquio sobre los Nuevos Derechos Humanos: los Derechos de Solidaridad, ciudad de México, 1980. Documento SS-80/CONF.806/4. Los derechos señalados fueron analizados ante la UNESCO como los incipientes derechos de solidaridad y aunque con el paso del tiempo los derechos integrantes de esta generación han sido objeto de modificaciones, algunos autores siguen recurriendo a ellos. Véase Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *op. cit.*, nota 3, p. 434, y Héctor Gross Espiell, *Estudios sobre derechos humanos*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, 1988, p. 289.

⁹ Clasificación del Centro de Derechos Humanos Fray Francisco de Vittoria, en <http://www.derechoshumanos.org.mx/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=12>

¹⁰ Clasificación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en <http://www.cndh.org.mx/losdh/losdh.htm>

¹¹ Luis T. Díaz Müller, “Globalización, bioética y los derechos humanos”, Memoria del Seminario Nacional e Internacional de Formación y Actualización en Derechos Humanos, Perspectiva de los Derechos Humanos y Situación Actual, en <http://www.cdhpuella.org.mx/pdf/MemoriasPrimerseminario/01Globalización.pdf>

¹² Antonio Enrique Pérez Luño, *op. cit.*, nota 4, pp. 29 a 32.

¹³ Isabel Hernández Gómez, *Sistemas internacionales de derechos humanos*, Madrid, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, Dykinson, 2002, p. 62.

¹⁴ Antonio Enrique Pérez Luño, *op. cit.*, nota 4, p. 33.

quistado el título de derechos de nuevos derechos humanos. Esta concepción de los derechos los configura por la incidencia de nuevas demandas sociales y la influencia de las recientes tecnologías;¹⁵ derechos que también han sido llamados, redefinidos.¹⁶

Una clasificación de estos nuevos derechos los divide en tres grupos o bloques principales, el primero se conforma por los derechos relativos a la protección del ecosistema y del patrimonio de la humanidad, en el que se incluyen derechos tendentes a garantizar la pervivencia del planeta compatible con la vida humana; el segundo se refiere a derechos relacionados con un nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana, derivado de las nuevas tecnologías biomédicas y por último, los derechos derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación e información, entre los que se incluyen derechos en la red y, derechos de los menores ante las nuevas tecnologías informativas y de la comunicación.¹⁷

El primer grupo de derechos de esta clasificación, referido a los derechos relativos a la protección del ecosistema y al patrimonio de la humanidad, comprende en general, derechos relacionados con la preservación del medio ambiente, el desarrollo sustentable, el reconocimiento y la protección del patrimonio cultural, la obtención de alimentos que no pongan en peligro la identidad genética ni la salud humana y la obtención de productos industriales y farmacéuticos que no alteren ni menoscaben la integridad ni la identidad de los individuos. Este grupo de derechos es similar al derecho a la calidad de vida, planteado por Pérez Luño, dentro del que comprende también derechos relacionados con la protección del medio ambiente, la sustentabilidad y el derecho a la paz ante los riesgos del uso de la energía nuclear.

Si bien, no ha sido establecido específicamente dentro este grupo de derechos, puede ubicarse en él, el derecho al agua y al saneamiento, que no fue comprendido dentro de los derechos sociales, y a pesar de no haber sido tampoco contemplado dentro de los primigenios derechos integrantes de la tercera generación, su evolución lo coloca como uno de los nuevos derechos con mayor desarrollo en los últimos años, sobre el que mucho se ha tratado y debatido tanto en el ámbito internacional, como al interior de los Estados.

El derecho al agua y al saneamiento posee una relación indiscutible con el derecho al medio ambiente, pero no puede identificarse con el por completo debido a que su objetivo principal consiste en allegar de agua potable y de servicios de sa-

¹⁵ Yolanda Gómez Sánchez, "Estado constitucional y protección internacional", en Yolanda Gómez Sánchez, coord., *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, CNDH, UNED, 2004, p. 243.

¹⁶ *Idem*. La autora que realiza esta clasificación ubica a estos nuevos derechos como pertenecientes a la cuarta generación de derechos humanos, señalada con anterioridad.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 242 a 247.

neamiento básico a las personas, aún cuando abarca todos los elementos que permiten dicho acceso, como aspectos relacionados con la gestión de los recursos hídricos y la gobernabilidad del agua en general, entre los que se contemplan también cuestiones sobre su contaminación.

II. Evolución del reconocimiento del derecho al agua y al saneamiento

Conforme a la clasificación de derechos en atención a su surgimiento en el tiempo, los derechos de la primera y segunda generaciones fueron agrupados y reconocidos dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y para dotarlos de contenido obligatorio, se adoptaron dos Pactos, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),¹⁸ respectivamente, en los que se consagraron uno y otro grupo de derechos, conformando los derechos humanos internacionalmente reconocidos en el sistema universal de protección a los mismos.

Durante los primeros años de funciones de la ONU, ni el tema del agua, y menos aún la noción de un derecho al agua y al saneamiento, constituyeron asuntos a los que se recurriera explícitamente. Ello responde, entre diversas razones, a que no existía un planteamiento que reivindicara derechos al respecto y a que no se contaba con tecnología que permitiera realizar mediciones globales sobre la cantidad y calidad de los recursos hídricos en existencia o de las personas que carecían de acceso a los mismos.

Por otra parte, a pesar de la consagración de los derechos humanos en los Pactos, no se había profundizado en su contenido normativo ni en los elementos requeridos para su efectiva realización, como en la actualidad lo han hecho los órganos facultados para interpretarlos, de manera que se estableciera que el acceso al agua constituía un elemento fundamental en la realización de otros derechos humanos.

La explicación de la ONU sobre la omisión de este tema fue que con la Declaración Universal sólo se pretendían reflejar componentes de un nivel de vida adecuado, y que la exclusión del derecho al agua como derecho explícito se debió a su naturaleza, que como el aire, fue considerada tan fundamental, que se creyó innecesario incluirlo específicamente.¹⁹ Sin embargo, actualmente este derecho ha sido objeto de múltiples desarrollos al interior de distintos órganos y agencias

¹⁸ Ambos Pactos fueron adoptados en 1966.

¹⁹ Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, "El derecho al agua", en <http://www.un.org/spanish/events/water/Derechoalagua.htm>.

especializadas de la ONU, por organismos no gubernamentales y por algunos Estados.²⁰

La primera reunión internacional sobre el agua en el marco de la ONU se celebró en 1977,²¹ y en el plan de acción derivado de la misma²² se planteó la necesidad de realizar evaluaciones sistemáticas de los recursos hídricos, con el fin de utilizarlos de manera eficaz y asegurar niveles adecuados de agua para los distintos usos al interior de los Estados, de manera que se cubrieran las necesidades básicas relacionadas con el recurso para las personas más pobres. Dentro de esta conferencia se reconoció por primera vez, de manera oficial el acceso al agua como un derecho, al establecerse que:

Todos los pueblos, cualquiera que sea su estado de desarrollo y sus condiciones sociales y económicas, tienen el derecho de disponer de agua potable en cantidad y calidad suficiente para sus necesidades básicas. Es de reconocimiento universal que la disponibilidad de dicho elemento por parte del hombre, es imprescindible para la vida y para su desarrollo integral como individuo o como integrante del cuerpo social.²³

Aunque en principio el derecho sobre la disposición del agua potable se refiere a un derecho de los Estados, tanto éste, como el reconocimiento de la necesidad de los individuos de disponer del recurso para vivir, así como para su desarrollo integral, son las primeras pautas a partir de las cuales se desarrollaría lo que hoy conocemos como el aún incipiente derecho al agua. Cabe aclarar que en esta primera etapa el acceso al saneamiento no era mencionado específicamente, pero se incluía de manera implícita dentro del derecho al agua en el ámbito de la satisfacción de las necesidades básicas.

A partir de entonces, y con mucho más énfasis en lo que va de este siglo, se han desarrollado diversos estudios, informes, programas y acciones tendentes a velar por una gestión integral de los recursos hídricos en todo el mundo y el consecuente acceso de todas las personas al agua potable y al saneamiento básico tanto al interior del sistema de Naciones Unidas, como por parte de organismos no gubernamentales en todo el mundo.

²⁰ Hoy en día Algeria, Bélgica, Bolivia, Ecuador, Francia, República Democrática del Congo, Sudáfrica, Uganda, Ucrania y Uruguay reconocen el derecho al agua como derecho fundamental.

²¹ Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, Argentina, marzo de 1977.

²² Plan de Acción de Mar del Plata.

²³ ONU, Informe de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, Argentina, 14 al 25 de marzo de 1977, Documento E/CONF.70/29, p. 67.

Ello responde a que hoy en día el acceso al agua se encuentra distribuido de una forma por demás inequitativa, dado que mil cien millones de personas carecen de acceso al agua y dos mil seiscientas a servicios de saneamiento básico²⁴ en el mundo, además de que desde hace unos años se viene atravesando por una crisis del agua a nivel global, cuyo resultado será desolador si el recurso se sigue utilizando de la manera insostenible en que se ha venido haciendo; dicha crisis ha sido provocada por factores de origen político y social como la pobreza, la desigualdad, las relaciones inequitativas de poder y las políticas erradas en la gestión del agua.²⁵

Entre las acciones de la ONU relacionadas con el reconocimiento del derecho al agua y al saneamiento, destacan, el Programa Mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos,²⁶ encargado de realizar informes periódicos sobre la situación global del agua; los informes del relator especial sobre el derecho al agua; la celebración de días, años y decenios conmemorativos sobre acciones pendientes de realizarse en la materia, y con el objetivo de sensibilizar a los Estados y gobernados al respecto y el reciente nombramiento de una experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, por parte del Consejo de Derechos Humanos.

Diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre los que se incluyen declaraciones,²⁷ resoluciones,²⁸ principios²⁹ y directrices,³⁰ así como planes de acción derivados de conferencias internacionales aluden a ciertos

²⁴ Programa Mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos, Segundo Informe de las Naciones Unidas sobre los Recursos Hídricos en el Mundo, "El agua, una responsabilidad compartida". UNESCO, París, 2006, p. 46.

²⁵ Véase Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe sobre Desarrollo Humano 2006, "Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua". Barcelona, Madrid, México, PNUD, 2006.

²⁶ Véase Programa Mundial de los Recursos Hídricos, http://www.UNESCO.org/water/wwap/description/index_es.shtml

²⁷ Entre ellas, la Declaración del Milenio, que establece el compromiso de los Estados de reducir en una mitad, para el año 2015, el porcentaje de personas del planeta que carecieran de acceso al agua potable o no pudieran costearlo, así como el de poner fin a la explotación insostenible de los recursos hídricos y promover su acceso equitativo, mediante una distribución adecuada.

²⁸ Especialmente las resoluciones 45/81 y 50/126, de la Asamblea General de la ONU, en las que manifiesta su preocupación respecto al suministro de servicios de agua potable y saneamiento, por lo que llama a los Estados a aplicar plenamente las disposiciones relativas a los recursos hídricos y el acceso a dichos servicios, respectivamente.

²⁹ Como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros, Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad, Principios Rectores de los Desplazamientos Internos y la Recomendación Núm. 115 de la OIT sobre la Vivienda de los Trabajadores.

³⁰ Por ejemplo, las Directrices Voluntarias de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación en Apoyo de la Realización Progresiva del Derecho a una Alimentación Adecuada en el Contexto de la Seguridad Alimentaria Nacional.

derechos relacionados con el acceso de las personas al agua potable y al saneamiento. Si bien no todos estos instrumentos poseen naturaleza vinculante, se ha establecido que pueden llegar a imponer obligaciones a los Estados, en virtud del derecho internacional consuetudinario;³¹ además de que algunas convenciones comprenden obligaciones dirigidas a proveer agua potable a grupos determinados de personas, por sus características o situación particular.³² De la misma manera, tratados en materia de derecho humanitario³³ y acuerdos relacionados con el medio ambiente,³⁴ hacen lo propio.

No obstante lo establecido por estos instrumentos internacionales, el derecho al agua no ha sido aún reconocido como un derecho humano independiente y general en beneficio de todas las personas, sino en atención a la situación de vulnerabilidad de distintos grupos como los niños y las niñas, las mujeres, las personas con discapacidad y las personas sometidas a alguna forma de detención o prisión, entre otros, en convenciones o documentos específicos.

El más claro acercamiento al reconocimiento del derecho al agua como derecho humano se da a partir de la emisión de la Observación General No. 15, “El derecho al agua”, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano competente para interpretar las disposiciones del PIDESC. En ese documento, se infiere la existencia del derecho al agua, a partir de los artículos 11 y 12 del PIDESC, relativos al derecho a un nivel de vida adecuado y al derecho a la salud, respectivamente, los que para su efectiva realización, dependen del acceso al agua potable; incluso el derecho a un nivel de vida adecuado comprende explícitamente elementos como la alimentación, el vestido y la vivienda adecuados, además de una mejora continua de las condiciones de existencia, que sería imposible sin acceso al agua y al saneamiento.

La Observación contiene un desarrollo minucioso de los elementos que el derecho al agua debe abarcar, así como de las obligaciones de los Estados para garantizar su cumplimiento, por lo que ha sido el documento que en mayor medida ha inspirado a diversos sectores de la sociedad civil en distintos países, para exigir el

³¹ Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe sobre el alcance y contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos, Documento A/HRC/6/3, 16 de agosto de 2007, párrafo 4.

³² Convenio Núm. 161 de la OIT, sobre los Servicios de Salud en el Trabajo; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

³³ Convenio III de Ginebra, relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra y su Protocolo adicional y Convenio IV de Ginebra, relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra y su Protocolo adicional.

³⁴ Programa 21.

reconocimiento de este derecho. En él se define el derecho al agua como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”;³⁵ aclarando que es necesario el acceso a un abastecimiento adecuado de agua salubre para evitar la muerte de las personas por deshidratación, reducir el riesgo de contraer enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo, cocina, higiene personal y doméstica.

A pesar de que el tema del derecho al agua casi siempre es tratado conjuntamente con el saneamiento, este no se incluye de manera explícita en la definición y suele recibir menos atención, aún cuando la Observación General contempla aspectos relacionados con él; cuestión que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) cubrió tiempo después, al definir el derecho al agua como “el derecho a un acceso en igualdad de condiciones y sin discriminación, a una cantidad suficiente de agua potable para uso personal y doméstico, lo que comprende agua para el consumo, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica, para mantener la vida y la salud”;³⁶ estableciendo además, que el Estado debe dar prioridad a los usos personales y domésticos, sobre otros.

Aunque las dos definiciones se refieren en términos generales a la cantidad de agua necesaria para la satisfacción de las necesidades personales y domésticas, ninguna de ellas establece la cantidad que ha de considerarse adecuada para cubrir dichos usos; en este aspecto se establece que la cuestión deberá determinarse en atención a las características especiales del Estado, la localidad, etc. No obstante, diversos estudios han abordado la cuestión, y al respecto, parece adecuada la determinación de 50 litros de agua por persona al día para satisfacer las necesidades personales y domésticas básicas.³⁷

No obstante que la Observación General No. 15, contiene un estudio profundo respecto al contenido normativo del derecho, el Consejo de Derechos Humanos solicitó al OACNUDH, un informe que ahondara sobre las obligaciones de los Estados al respecto. Este último estableció que, las referencias cada vez más frecuentes al derecho en instrumentos de derechos humanos, así como su reconocimiento por parte de cada vez más Estados, pone de manifiesto su creciente importancia dentro de la comunidad internacional; sin embargo, consideró aún como parte del debate, su determinación como derecho humano independiente o derivado de otros dere-

³⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Núm. 15, “El derecho al agua”, Documento E/C.12/2002/11, párrafo primero.

³⁶ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 31, párrafo 66.

³⁷ Véase. Gleick, Peter H., “Basic water requirements for human activities: Meeting basic needs”, *Water International*. Oakland, California, núm. 21, 1996, pp. 88.

chos humanos;³⁸ y que aún quedaban diversos elementos por precisarse, como el contenido de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al saneamiento, entre otras.

Sin embargo, en el reciente Informe la Experta Independiente sobre la cuestión de las Obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el Acceso al Agua Potable y el Saneamiento, enfocado a la realización del último, se establece que el acceso al saneamiento no puede quedar incorporado completamente en otros derechos humanos ya existentes, por lo que se plantea su consideración como un derecho humano por separado.³⁹ En este sentido, el debate ya no se limita a la determinación del derecho general al agua como derecho humano independiente, sino que comprende también, ya sea el fortalecimiento del derecho al saneamiento como parte de este o incluso su consideración como derecho autónomo.

Antes de abordar los elementos del derecho al agua y al saneamiento, así como las obligaciones de los Estados al respecto, debe establecerse la importancia que para el derecho han representado las actividades de otras instancias de Naciones Unidas, como el Programa de Evaluación de los Recursos Hídricos y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). El objetivo del primero es velar por una gestión integral de los recursos hídricos, evaluar su estado a nivel mundial, identificar las cuestiones críticas en torno al mismo, así como desarrollar indicadores y medir progresos en materia de desarrollo sostenible, proponiendo acciones para mejorar la gestión en diversos ámbitos; una de sus funciones es elaborar informes de publicación periódica,⁴⁰ cuya relación es fundamental con el agua y los derechos humanos, ya que el recurso se ha convertido en un factor de exclusión, cuya carencia genera daños severos a las personas y en el ejercicio de sus derechos.

Por otra parte, el trabajo del PNUD en materia de desarrollo humano suele tener múltiples vínculos con el acceso al agua potable y al saneamiento; específicamente, su informe de 2006, estudió las repercusiones de la carencia del recurso sobre el potencial y el progreso humano, que a lo largo de la historia ha dependido del acceso a agua, estableciendo que en la actualidad las posibilidades de desarrollo humano se encuentran amenazadas por la crisis del agua.

³⁸ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 31, párrafo 68.

³⁹ Véase Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Experta Independiente sobre la cuestión de las Obligaciones de Derechos Humanos relacionadas con el Acceso al Agua Potable y el Saneamiento, Catarina de Albuquerque, Documento A/HRC/12/24, 1 de julio de 2009, párrafo 58.

⁴⁰ Cada tres años a partir de 2003.

III. Contenido del derecho al agua y el derecho al saneamiento

Antes de profundizar sobre los derechos de los individuos y las obligaciones de los Estados en materia de acceso al agua potable y al saneamiento, cabe aclarar una vez más, que el derecho al saneamiento se inserta como parte integrante del derecho general al agua; sin embargo, aún cuando este derecho siempre ha contemplado aspectos relacionados con el acceso al saneamiento básico, los mismos no habían sido desarrollados de manera específica y detallada, por lo que recientemente se comenzaron a identificar las acciones específicas necesarias para cumplir con el acceso al saneamiento, que puede ser visualizado de manera independiente, sin dejar de formar parte del derecho general al agua.

1. El derecho al agua

La Observación General No. 15, establece diversos aspectos relacionados con el derecho al agua, que no se limita a la disposición de la cantidad de agua en condiciones aceptables para el uso personal y doméstico; entre sus principios fundamentales se advierte la necesidad de garantizar el acceso sostenible a los recursos hídricos con fines agrícolas como parte del derecho a la alimentación, y la higiene ambiental como parte del derecho a la salud; además de la obligación de garantizar a los pueblos indígenas recursos suficientes para la agricultura de subsistencia, por lo que el agua debe considerarse como un bien social y cultural, no fundamentalmente económico, cuyo aprovechamiento debe de ser sustentable.⁴¹

Establece que en cualquier circunstancia deben aplicarse estos factores: la disponibilidad, referida a un abastecimiento continuo y suficiente para la satisfacción de las necesidades personales y domésticas; calidad salubre, libre de sustancias que amenacen la salud, y de color, olor y sabor aceptables; accesibilidad física y económica, referidas a la cercanía material del recurso y a que su costo sea asequible y no ponga en riesgo el goce de otros derechos humanos, respectivamente; la no discriminación, que implica el acceso al agua en condiciones de igualdad y mecanismos para allegar el recurso a los sectores en situación de vulnerabilidad o marginalidad, así como el acceso a información respecto al agua, para lo que deben reconocerse derechos de solicitar, recibir o difundir cualquier tipo de información en la materia y promover la participación popular respecto a obras o decisiones del sector que puedan afectar los derechos de las personas.

⁴¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, nota 35, párrafos 7, 8 y 11.

En cuanto a las obligaciones de los Estados respecto al Derecho, se comprenden obligaciones de carácter general, específicas, internacionales y básicas. Las primeras implican los aspectos que deben de cumplirse de manera inmediata y se refieren a garantizar el ejercicio del derecho sin discriminación,⁴² adoptar medidas para la plena realización del derecho y avanzar con la mayor rapidez y efectividad posible para ello, además de prohibir el establecimiento de medidas regresivas en su cumplimiento.

Las obligaciones específicas se refieren a los tradicionales deberes de respetar, proteger y cumplir. Por respetar el derecho el Comité especifica el deber de abstenerse de realizar cualquier acción o actividad que restrinja o deniegue su ejercicio, de reducirlo o limitarlo o incluso de contaminar los recursos hídricos. La obligación de proteger implica impedir que terceros menoscaben su disfrute o que exploten los recursos inequitativamente. Por último, la obligación de cumplir, que se subdivide en los deberes de facilitar, promover y garantizar el derecho, contempla la adopción de medidas que ayuden a las personas a ejercer el derecho, difundir información respecto a su utilización higiénica, proteger las aguas y mecanismos para evitar su desperdicio y garantizarlo a los grupos que no estén en condiciones de acceder a él con sus propios medios.

Esta última obligación de cumplir comprende la adopción de todas las medidas necesarias para el ejercicio pleno del derecho, por lo que también incluye aspectos relacionados con la gestión de los recursos hídricos en general. Se establece la necesidad de reconocer el derecho en el ordenamiento jurídico y político interno, de adoptar estrategias y planes de acción nacionales⁴³ en la materia, así como de crear políticas económicas para hacerlo asequible de manera equitativa.

La necesidad de establecer un plan o estrategia nacional respecto al agua y al saneamiento fue establecida de manera más detallada dentro del Informe de 2006,

⁴² El tema de la no discriminación y del acceso equitativo al agua es el más recurrido a lo largo de la Observación; se prevé la obligación de velar porque los grupos de personas en situación de vulnerabilidad como mujeres; niños y niñas; habitantes de zonas rurales, de zonas urbanas desfavorecidas y de asentamientos espontáneos; personas sin hogar; pueblos indígenas; comunidades nómadas; refugiados; solicitantes de asilo; desplazados internos; presos y detenidos; personas con discapacidad y víctimas de desastres naturales, entre otros, tengan acceso al agua. Se contempla la necesidad de cubrir el acceso a bajo costo o incluso a título gratuito, para garantizar la equidad a los sectores marginados. Por ello, en los casos de interrupción o suspensión por adeudos en el pago del servicio de agua, se deberá tener en cuenta la capacidad de pago de las personas y no deberá privárseles del mínimo indispensable de agua.

⁴³ El Comité considera que la adopción de medidas implica la creación de planes o estrategias nacionales para asegurar el derecho conforme a la normatividad y los derechos humanos, abarcando todos los aspectos del derecho, por lo que deben definirse objetivos claros y plazos para su consecución; formularse políticas adecuadas y nombrarse instituciones responsables, a las que se les asignen recursos para su encargo, estableciendo procedimientos de transparencia y rendición de cuentas.

del PNUD, no obstante, a juicio de la OACNUDH, este aspecto, así como las obligaciones concretas de las autoridades locales, entre otras, se encuentran entre los temas en los que aún quedan obligaciones por especificarse.⁴⁴

Se contemplan de estrategias para alcanzar el aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos, para lo que se mencionan acciones como la reducción de su extracción, desvío o contención insostenible, la disminución y eliminación de la contaminación de las cuencas y ecosistemas, la vigilancia de las reservas de agua, así como los aspectos que puedan repercutir en ellas como el cambio climático, la desertificación, la salinidad del suelo o la deforestación, entre otras. En este sentido, se manifiesta la importancia de que todas las personas tengan acceso a servicios de saneamiento adecuados, no sólo en virtud de su dignidad y vida privada, sino también como factor fundamental para la protección de la calidad de las reservas y recursos de agua potable.⁴⁵

Por último, la Observación comprende obligaciones de carácter internacional, que versan sobre las medidas que deben de evitarse para respetar y no obstaculizar el disfrute del derecho en otros países,⁴⁶ y por último, las obligaciones básicas, que en conjunto, se dirigen a asegurar la satisfacción del nivel esencial del derecho, que, debido a su naturaleza, no pueden suspenderse y en gran medida se identifican con las obligaciones generales.

Para determinar las violaciones al derecho al agua, el Comité establece la necesidad de diferenciar entre la capacidad de los Estados para cumplir con las obligaciones derivadas de la Observación y la renuencia a hacerlo, por lo que si no se utiliza el máximo de los recursos disponibles para cumplir con él, se estaría incurriendo en la segunda hipótesis, ya que conforme al artículo 2o., del PIDESC, se debe de recurrir a todos los medios apropiados para cumplir las obligaciones que de él se derivan.

Por otra parte, la Observación establece que las personas que hayan sido víctimas de violación al derecho, deberán de contar con recursos judiciales o de otro tipo, en los planos nacional e internacional, así como el derecho a una reparación adecuada, que consista en restitución, indemnización, satisfacción o garantía de no repetición; además señala la posibilidad de que los organismos nacionales no jurisdiccionales de protección a los derechos humanos conozcan sobre dichas violacio-

⁴⁴ Entre esos temas considera también el contenido normativo de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al saneamiento, la reglamentación del sector privado en la prestación de servicios de agua potable y saneamiento, así como los criterios de protección al derecho en caso de interrupción al servicio. Véase Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 31, párrafo 67.

⁴⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*, nota 35, párrafo 29.

⁴⁶ *Ibid.*, párrafos 30 a 36.

nes y que la incorporación de los instrumentos internacionales al derecho interno permite que los tribunales internos conozcan de casos de violaciones al derecho.

De lo anterior puede advertirse que las acciones necesarias para cumplir con el derecho al agua no se limitan a proporcionar el recurso a las personas, pues para lograr el abastecimiento constante y organizado, deben regularse múltiples aspectos de su gestión, como su adquisición, administración, cuidado, protección, tratamiento, distribución, aspectos sobre la infraestructura de acceso, de los organismos operadores encargados de proveer servicios de agua potable y saneamiento, crear políticas tarifarias y programas de ayuda para los sectores menos favorecidos así como cuidar el medio ambiente en general.

2. El derecho al saneamiento

Los beneficios del acceso al saneamiento en el ámbito de la salud, son inmensas; conforme al PNUD, este no sólo complementa los beneficios del acceso al agua potable, sino que reduce las enfermedades diarreicas en un 70 %, lo que protege a las personas, especialmente a los niños y niñas de tener una salud enfermiza, por lo que la instalación de servicios de saneamiento adecuados representa una medida fundamental en el cumplimiento de los Objetivos del Milenio (ODM) en el ámbito de la reducción de la mortalidad infantil.

Incluso una revista Británica especializada, lo ha calificado como el avance más importante desde 1840, por encima de los antibióticos, las vacunas y la estructura del ADN;⁴⁷ por lo que la inversión en este ámbito no sólo representa mejoras significativas en la vida de las personas, sino probablemente ahorros para los Estados en otras áreas, como la salud y el medio ambiente.

El acceso al saneamiento ha sido contemplado explícitamente por algunos instrumentos internacionales,⁴⁸ e incluso reconocido específicamente como derecho

⁴⁷ Consejo de Derechos Humanos, Informe de la experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, Catarina de Albuquerque, Documento A/HRC/10/6, 25 de febrero de 2009, párrafo 22.

⁴⁸ Carta Árabe de Derechos Humanos; Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Protocolo Agua y Salud de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa; Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo; Programa Hábitat de la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos; Reglas para los Menores Privados de Libertad; Principios Rectores de los Desplazamientos Internos; Recomendación de la OIT sobre la Higiene; Observaciones Generales Núms. 4, 14, 15 y 19, del Comité de DESC, relativas a los derechos a una vivienda adecuada, al agua, a la salud y a la seguridad social; Observaciones Generales Núms. 4, 7 y 11, del Comité de los Derechos del Niño, relativas a la salud y el desarrollo de los adolescentes, la realización de los derechos del niño en la primera infancia y los derechos de los niños indígenas, respectivamente.

fundamental en unos cuantos Estados;⁴⁹ sin embargo, son pocos los gobiernos que le dan el valor que merece y las condiciones de acceso a este tipo de servicio en general, son mucho más deficientes que las del agua potable a nivel mundial. Incluso el desarrollo sobre el contenido normativo del derecho al mismo, apenas ha sido tratado. En esa virtud, la experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento decidió dedicar el primer año de su mandato a su estudio, y a pesar de que las aportaciones derivadas de su informe son aún escasas, resultan muy novedosas.

En sus primeras líneas, el informe llama la atención respecto a las nefastas consecuencias que la falta de saneamiento conlleva no sólo para la salud de las personas, sino también para la educación, la economía, la igualdad entre los géneros de población y el desarrollo en general.

De la misma forma que el acceso al agua ha sido vinculado con diferentes derechos humanos en diversos documentos, se interrelaciona el acceso al saneamiento con el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho al agua, el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad física,⁵⁰ el derecho al nivel de vida, el derecho a la vivienda adecuada y con la dignidad, además de establecerse que la falta de saneamiento puede representar un trato inhumano o degradante, cuando lo sufren personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

Se establecen los criterios de disponibilidad, calidad, acceso físico, asequibilidad y aceptabilidad, como contenido de las obligaciones relacionadas con el saneamiento. La disponibilidad se refiere a un número suficiente de instalaciones de saneamiento con servicios asociados al interior de los hogares, en sus inmediaciones, así como en edificios y lugares públicos; la calidad indica que los servicios deben de ser higiénica y técnicamente seguros; la accesibilidad física se refiere a que las instalaciones sean materialmente accesibles, especialmente para personas con discapacidad y de edad avanzada; la asequibilidad implica el acceso a instalaciones y servicios de saneamiento, desde la construcción hasta el mantenimiento, sea disponible a precios asequibles, sin limitar la capacidad para adquirir otros bienes o servicios básicos, inclusive, si es necesario, asistir a quienes no pueden sufragar los costos de productos de limpieza y la aceptabilidad se refiere a que las instalaciones y servicios sean aceptables desde el punto de vista cultural.⁵¹

⁴⁹ Como Bolivia, Kenia y Uruguay, mientras que en las legislaciones de Argelia, Paraguay y Sudáfrica, se contempla como derecho.

⁵⁰ En virtud de los peligros a que se pueden ver enfrentados grupos de personas como mujeres, niñas y niños que deben recorrer distancias considerables para acceder a servicios de saneamiento o que no cuenten con este tipo de servicios.

⁵¹ En virtud de las distintas necesidades culturales, como la intimidad, la separación de servicios para hombres y mujeres, o prácticas de higiene anales y genitales.

Una de las cuestiones que se hace patente es que existen muchas y muy poco precisas definiciones de saneamiento, por lo que se define el mismo en el contexto de los derechos humanos, como sistema para la recogida, el transporte, el tratamiento y la eliminación o reutilización de excrementos humanos y la correspondiente promoción de la higiene,⁵² incluyendo las aguas residuales de retretes, lavabos y regaderas, en la medida en que el agua regularmente contiene desechos humanos y los subproductos de la higiene. Se establece que los Estados deben de garantizar que toda persona tenga acceso al saneamiento sin discriminación, desde el punto de vista físico y económico en todas las esferas de la vida, y que éste sea inocuo, higiénico, seguro y aceptable, desde el punto de vista social y cultural, proporcione intimidad y garantice la dignidad.

El aspecto más acertado de la definición consiste en establecer con claridad el significado del saneamiento, pues en muchos casos, este sólo era considerado como el dispositivo de eliminación de desechos humanos o retrete.

En el informe se establece la pretensión de que el saneamiento sea considerado un derecho humano por separado, al no quedar incorporado completamente dentro de otros derechos humanos, ni poder desvincularse de la dignidad; esto se fundamenta recurriendo a la resolución 41/120, de la Asamblea General, que señala que las actividades de establecimiento de normas de derechos humanos, deben remitirse a dispositivos que tengan carácter fundamental y dimanen de la dignidad y el valor inherente a la persona humana, además de ser lo suficientemente precisos para engendrar derechos y obligaciones identificables y observables.⁵³ En este aspecto, el derecho al saneamiento puede considerarse como un aspecto integrante del derecho general al agua.

Los Estados se encuentran obligados a respetar, proteger y cumplir los derechos humanos en lo que se refiere al saneamiento, sin embargo, estas obligaciones no son muy claras ni completas.⁵⁴ Se refieren a abstenerse de amenazar o denegar el acceso de las personas al saneamiento y asegurarse de que los terceros tampoco interfieran con él, así como establecer un marco regulatorio eficaz en caso de que agentes privados sean los proveedores del servicio; adoptar medidas aplicando el máximo de los recursos disponibles para la realización progresiva de los DESC en materia de saneamiento; justificar las medidas regresivas; adoptar las disposiciones necesarias para el pleno ejercicio de los DESC en la materia, reconociendo las obligaciones de derechos humanos que se le relacionan en los ordenamientos po-

⁵² Consejo de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 39, párrafo 63.

⁵³ *Ibid.*, párrafo 58.

⁵⁴ A pesar de que se propone que el derecho al saneamiento sea considerado como un derecho humano independiente, a lo largo del informe no se hace referencia a este como un derecho, sino "los derechos económicos, sociales y culturales en lo que se refiere al saneamiento".

líticos y jurídicos internos y formular una estrategia o plan de acción nacional para el efecto.

Asimismo, en caso de violación a dichas obligaciones, proporcionar recursos eficaces apropiados en los ámbitos nacional e internacional, contemplándose el derecho a reparaciones como la restitución, la indemnización, la satisfacción o la garantía de no repetición.⁵⁵

Se establece que el acceso al saneamiento debe cumplirse sin discriminación y debiendo prestar atención especial a los grupos particularmente vulnerables a la exclusión y la discriminación, como las personas en condiciones de pobreza, las mujeres, los niños, los ancianos, las personas con discapacidad o que padezcan alguna enfermedad, los refugiados, los desplazados internos y otros grupos minoritarios, así como garantizar el acceso a información sobre aspectos de salud y de medio ambiente, la plena participación de las personas en los procesos de planificación, construcción, mantenimiento y supervisión de los servicios.

Llama la atención que el informe contemple explícitamente los aspectos que no constituyen obligaciones de derechos humanos relacionadas con el saneamiento, entre ellas, no tienen que proporcionar a todas las personas sistemas de alcantarillado; ni asegurar instalaciones individuales en cada casa; construir retretes o proporcionar servicios de forma gratuita, salvo que los individuos no tengan capacidad real para pagar por el servicio; tampoco tienen que garantizar de inmediato el pleno cumplimiento de las obligaciones contempladas en el informe, sino demostrar que están aplicando el máximo de sus recursos disponibles para garantizar el acceso a niveles mínimos básicos de saneamiento sin discriminar a grupos específicos.

Dicha precisión es indispensable para aclarar el contenido actual de las obligaciones de derechos humanos de los Estados en relación con el saneamiento y evitar los argumentos que tienden negar la existencia de los derechos y las obligaciones respectivas, al considerar que su cumplimiento implica gastos y acciones excesivos.

Como se puede advertir, las obligaciones respecto al acceso al saneamiento son aún escasas y no poseen una estructura tan completa como la del derecho general al agua; sin embargo, constituyen pautas específicas para determinar las obligaciones de los Estados al respecto y sin duda, serán desarrolladas y profundizadas próximamente.

⁵⁵ Consejo de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 39, párrafo 64.

IV. Efectividad del derecho al agua y al saneamiento

El acceso al agua potable y al saneamiento constituye un prerequisite para gozar de muchos otros derechos humanos, es una condición para la vida, así como para vivir dignamente y constituye un derecho, al estar incorporado en las Convenciones internacionales señaladas en el apartado anterior, y formar parte del derecho general al agua establecido en la Observación General Núm. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, derivado del PIDESC.

Conforme a la clasificación de surgimiento de los derechos humanos en el tiempo, establecida en la primera parte de este trabajo, el derecho al agua y al saneamiento pertenece a la tercera generación de derechos humanos, no obstante que actualmente sea reconocido como parte de los DESC.

Lo anterior se explica porque a pesar de su tardío reconocimiento como derecho humano, lograr que las personas que carecen de suministro y servicios de agua potable y saneamiento accedan a los mismos, equivale a proporcionarles condiciones de vida más justas y equitativas, lo que en definitiva ayudaría a constituir un equilibrio respecto a las desigualdades materiales, permitiendo que accedan a condiciones más equitativas y a una vida digna. En ese sentido, se ha establecido que las desigualdades que deben ser compensadas en el contexto de los DESC, son aquellas inmerecidas, relativas a las carencias y la pobreza.⁵⁶

Sin embargo, la importancia fundamental en el reconocimiento del acceso al agua y al saneamiento como derechos radica en lograr su efectividad, cuestión que se complica cuando los derechos no han sido incluidos dentro de tratados generales vinculatorios de derechos humanos o reconocidos por las constituciones nacionales, como es el caso del derecho al agua potable y al saneamiento, en la mayoría de los casos.

En ese sentido, en la consulta realizada por la OACNUDH, sobre los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento, una de las propuestas para lograr su efectividad versaba sobre al reconocimiento del derecho en el ámbito interno, la identificación de las autoridades públicas responsables, sus obligaciones y finalmente, la prestación del servicio.⁵⁷ En efecto, el reconocimiento constitucional del derecho al agua y al saneamiento supondría un elemento de vital importancia para la protección de las personas, del medio ambiente y de los propios recursos hídricos,⁵⁸ y como consecuencia de ello, los ciudadanos podrían exigir al Estado la

⁵⁶ Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, nota 1, p. 17.

⁵⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Consulta sobre los Derechos Humanos y el Acceso al Agua Potable y al Saneamiento, Génova, 11 de mayo de 2007, p. 8.

⁵⁸ Véase Rodrigo Gutiérrez Rivas, "El derecho al agua en México; un instrumento de protección para las personas y los ecosistemas", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 18, México, enero-julio, 2008, pp. 71 a 75.

realización de determinadas obligaciones relacionadas con el acceso al recurso, cuando se vean privadas de los servicios que el derecho conlleva, entre otras.

Sin embargo, esa falta de reconocimiento constitucional interno es uno de los principales obstáculos para su realización, y es preciso buscar soluciones cuando no se cuenta con tan ansiado reconocimiento; incluso, su reconocimiento constitucional no aportaría muchos beneficios si no se desarrolla también el contenido normativo del derecho, aunque en este caso, se contaría con más elementos para hacer exigible el derecho.

Uno de los obstáculos para la exigibilidad de los DESC, radica en el argumento de que al ser derechos prestacionales que normalmente implican obligaciones de hacer y suelen requerir la inversión de recursos económicos, los Estados no tienen la obligación de cumplirlos, dada la progresividad de los derechos y su obligación de contribuir en su realización sólo hasta el máximo de sus recursos disponibles, por lo que se tiende a alegar la falta de disponibilidad de los mismos; pero eso debe ser demostrado.

Un ejemplo en sentido contrario en el ámbito jurisdiccional en México, es la ejecutoria del amparo administrativo 1157/2007-II, asunto en el que el delegado municipal y miembros del Comité de Salud de la comunidad de Mini Numa, en el municipio de Metlatónoc, estado de Guerrero, solicitaron la protección de la justicia federal por la violación al derecho fundamental a la salud, consagrado en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debido a que, a pesar de que la comunidad poseía una casa de la salud,⁵⁹ no contaba con personal, mobiliario o medicamentos.

Los habitantes de la comunidad tenían que acudir a la clínica de la cabecera municipal, que tampoco contaba con todos los medios para brindar una atención médica adecuada, además de que, cuando solicitaban atención ahí, llegaban demasiado tarde para obtener ficha o el doctor ya no los atendía, por ser su hora de salida, y ante la imposibilidad de acceder al servicio médico, muchos niños y niñas perdieron la vida.

La autoridad jurisdiccional determinó que se habían vulnerado las garantías del artículo 4º constitucional en contra de los quejosos, quienes no tenían la posibilidad de acceder a servicios de salud en condiciones de igualdad, por lo que ordenó a las autoridades responsables a cumplir de manera inmediata con el acceso a la salud y proporcionar a las casas de salud de Mini Numa y de Metlatónoc, los elementos básicos o necesarios para su buen funcionamiento, sin poder alegar la falta de presu-

⁵⁹ Destinadas a la atención de la salud en las comunidades rurales dispersas, para acercarles servicios de calidad, mediante la eliminación de barreras geográficas, culturales y organizacionales.

puesto, al considerar que esta no es una razón justificable para excusar el cumplimiento de una obligación constitucional.

Si bien el caso del amparo trata de un derecho consagrado en la Constitución, no pasa desapercibido que este derecho pertenece al grupo de los derechos económicos, sociales y culturales, en ocasiones considerados no justiciables. Además, resulta relevante que la sentencia fundamentara la necesidad de cumplir con el derecho, no sólo por ser un derecho constitucional, sino por formar parte de distintos tratados internacionales, dentro de los que se mencionaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el PIDESC, la Carta de las Naciones Unidas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las interpretaciones del Comité de DESC sobre el Pacto, particularmente las Observaciones 3 y 14, relativas a las obligaciones de los Estados Partes y al derecho a la salud, respectivamente.

Cuando se carece de un reconocimiento constitucional, como sería el caso de la mayoría de los países tratándose del derecho al agua y al saneamiento, existe la posibilidad de exigir el derecho al agua, con fundamento en la ratificación del PIDESC, pues aunque el tratado no comprenda el derecho de manera explícita, el Comité ha interpretado su inclusión implícita y desarrollado su contenido normativo, y los Estados, por su parte, han aceptado la competencia del Comité para interpretar los derechos del Pacto. En ese sentido, se ha establecido que las Observaciones Generales tienen el carácter de interpretaciones auténticas del PIDESC, asimilándose con la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁶⁰ aún a pesar de la diferencia entre la naturaleza de los órganos, pues en cuanto a esas dos actividades en específico, las funciones se traducen en la interpretación de artículos contenidos en tratados internacionales vinculantes.

Bajo esta interpretación, no existe fundamento para que en México, por ejemplo —que forma parte del PIDESC— los derechos emanados del mismo, sin excluir el derecho al agua, no formen parte del sistema jurídico nacional.⁶¹ Este argumento tiene fundamento también en la jerarquía de los tratados internacionales en el orden interno, que se encuentran en segundo plano, justo después de la Constitución, y por encima de las leyes federales y locales; así mismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado que si los tratados internacionales obligan a ampliar la esfera de libertades de las personas o comprometen al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos tradicionalmente débiles, deben ser conside-

⁶⁰ Véase Víctor Abramovich y Christian Courtis, "La interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos: El caso de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales", en Octavio Cantón y Santiago Corcuera, coords., *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, México, Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2004, pp. 20-21.

⁶¹ Rodrigo Gutiérrez, *op. cit.*, nota 58, p. 85.

rados como constitucionales.⁶² Por lo que, en este sentido, el derecho al agua y al saneamiento puede considerarse como un derecho constitucional a pesar de no estar incluido explícitamente en ella.

Este aspecto debe ser tomado en cuenta por el ámbito jurisdiccional así como por los organismos nacionales no jurisdiccionales de protección a los derechos humanos en el caso del derecho al agua y al saneamiento.

Por otra parte y derivado de la ratificación de diversos instrumentos internacionales en los que se consagra el derecho al agua, puede hacerse uso de distintos mecanismos en el fortalecimiento y la protección del derecho; como es el caso del sistema de informes establecido en los artículos 16 y 17 del PIDESC; en cuyas observaciones finales ya se ha establecido la preocupación del Comité respecto a las condiciones insatisfactorias de las viviendas en las zonas rurales en México, que carecen de instalaciones para eliminar aguas cloacales y para abastecer agua, por lo que exhortó al Estado a realizar más actividades para facilitar viviendas adecuadas a precios asequibles para los sectores más pobres.⁶³

Otro mecanismo sería el derivado del Protocolo Facultativo del PIDESC,⁶⁴ que además de comprender un sistema de denuncias individuales o grupales, contempla un sistema de investigación en el caso de presentarse violaciones graves o sistemáticas a los derechos humanos,⁶⁵ en los Estados que reconozcan la competencia del Comité para realizar dichas investigaciones. Es preciso señalar que la competencia del Comité respecto a las comunicaciones de los individuos es subsidiaria, por lo que se surtirá, una vez que se hubieran agotado los recursos internos, salvo cuando su tramitación se prolongue injustificadamente.

También podrían conocer sobre el acceso al agua y al saneamiento los Comités encargados de vigilar el cumplimiento de las convenciones que imponen obligaciones relacionadas con dichos accesos por parte de grupos específicos, como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el de los Derechos del Niño, el de los Derechos de las Personas con Discapacidad e incluso el Comité contra la Tortura.

Independientemente de los mecanismos señalados, expertos en el tema consideran que la ciudadanía debe ejercer un papel protagónico en el reconocimiento

⁶² Ejecutoria del amparo en revisión 1475/1998.

⁶³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (oficinas regionales para América Latina y el Caribe, *Compilación de Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países de América Latina y el Caribe (1989-2004)*. Santiago de Chile, 2004, p. 173.

⁶⁴ Su apertura a la firma de los Estados fue apenas el 24 de septiembre de 2009, por lo que aún falta tiempo para su entrada en vigor.

⁶⁵ Artículos 2o. y 11, respectivamente.

y la vigilancia del cumplimiento de los derechos, pues la construcción del Estado Social Constitucional debe configurarse con la participación directa de los ciudadanos.⁶⁶ Como ejemplos de lo anterior, se menciona el movimiento social por el derecho de acceso al agua en Cochabamba, Bolivia y el referéndum contra la privatización de los recursos hídricos en Uruguay,⁶⁷ cuyas consecuencias llevaron al reconocimiento constitucional del derecho al agua y en el caso de Uruguay, comprende de forma explícita, también del derecho al saneamiento.

Mientras el derecho al agua y al saneamiento no goce de reconocimiento constitucional y su contenido normativo no sea desarrollado en la ley reglamentaria correspondiente, será más difícil acceder a las vías que garanticen el derecho o corrijan su incumplimiento para aquellas personas que carezcan o lleguen a carecer de los servicios que el derecho incluye. No obstante, es posible y necesario exigirlo, con fundamento en las disposiciones planteadas, ya que la falta de acceso a estos servicios, y por tanto, del goce de este derecho, niega la dignidad humana y representa una de las causas por las que millones de personas en México y el mundo, no han podido superar su condición de pobreza, y siguen viviendo en la miseria; situación contraria a los principios y preceptos de los derechos humanos.

V. Reflexiones finales

El derecho al agua representa una condición básica para la vida de los individuos y para el goce de los derechos humanos. Es parte de los nuevos derechos, conocidos como derechos de tercera generación, y su desarrollo —aunque incipiente— ha sido considerable, sobre todo en lo que va de este siglo; siendo reconocido en diversos tratados internacionales de derechos humanos y en las constituciones de algunos Estados.

No obstante que se trata de uno de los nuevos derechos, actualmente se le considera parte de los derechos económicos sociales y culturales por su relación con los derechos al nivel de vida y a la salud, y debido a que su acceso pone al alcance de las personas la satisfacción de necesidades básicas para la subsistencia, con miras a su desarrollo y bienestar.

Aunque la reciente profundización sobre el estudio de las obligaciones de los Estados relacionadas con el saneamiento ha planteado la posibilidad de hacer del acceso al saneamiento un derecho autónomo, éste constituye parte integrante e indisoluble del derecho al agua, aún cuando las acciones derivadas del mismo pue-

⁶⁶ Aniza García, *El derecho humano al agua*, Madrid, Trotta, 2008, 248.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 250-266.

dan ser analizadas en específico y de que al referirse a él sea necesario independizarlo del anterior, ya que el derecho al agua puede ser identificado solamente con el acceso al agua potable.

El derecho al agua y al saneamiento constituye un derecho obligatorio a partir de su inclusión en diversas convenciones internacionales y derivado de la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto al Pacto Internacional de la materia. Aunque en México el derecho general al agua no posee reconocimiento explícito en la Constitución, puede considerarse su inserción en la misma, a partir de la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación planteada en la ejecutoria de amparo en revisión 1475/98, que establece que cuando un tratado internacional obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales.

Independientemente de ello existen diversos mecanismos derivados de la ratificación de tratados, que implican otras vías posibles para fortalecer y proteger este derecho humano, de manera que se deje de justificar la carencia de agua potable y de servicios de saneamiento, de las personas más pobres de nuestro país, pues con ellos con quienes se tienen mayores obligaciones de acuerdo a la normatividad internacional de la materia.

Comentario bibliográfico

Panorama internacional sobre la interpretación y argumentación jurídicas

*Alfredo Islas Colín**

A continuación exponemos un panorama internacional sobre la interpretación y argumentación jurídica a la luz de las dos grandes escuelas, por una parte, la escuela angloamericana, y por otra parte, la escuela griega y romana, en cinco importantes libros que se publicaron en los años recientes sobre el tema. Los primeros cuatro libros que comentamos contienen muchos elementos de la escuela angloamericana de la interpretación y argumentación jurídica con varios elementos de la lógica formal, pero el quinto libro que comentamos contiene más elementos de la escuela griega y romana con elementos muy amplios de la retórica. Primero exponemos una obra muy completa del profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, España, Manuel Atienza, denominada *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*; después seguimos con la segunda presentación, con la obra del investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Carlos Pérez Vázquez, con su libro denominado *Necesidades, intereses y jueces*; a continuación comentamos, del profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad del País Vasco, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, su obra *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*; luego exponemos la obra *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, del profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Christian Albrecht de Kiel, Alemania, Robert Alexy, que se publicó en el libro denominado *Jueces y ponderación argumentativa*, de Perfecto Andrés Ibáñez y el mismo Robert Alexy; y finalmente presentamos *El pequeño tratado de la argumentación judicial*, del profesor de la Escuela de Formación Profesional de Abogados de París, Francisco Martineau.

* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos, CENADEH de la CNDH.

1. Las razones del Derecho

El profesor Manuel Atienza es uno de los grandes pensadores de la época actual sobre la argumentación jurídica, como lo podemos confirmar en las siguientes obras que escribió sobre el tema:

1. "Argumentación jurídica y estado constitucional", en *Anales de Jurisprudencia*, número 261, sección de previa, 2003;
2. *Contribución para una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997;
3. *Introducción a la sociología del derecho*, versión española de Manuel Atienza, Madrid;
4. *El derecho como argumentación*, México, Distribuciones Fontamara, 2005;
5. *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2004;
6. *Introducción al derecho*, Barcelona, Barcanova, Temas Universitarios, 1991;
7. *Marx y los derechos humanos*, Madrid, Mezquita, 1983.

En la obra que ahora presentamos de Manuel Atienza intitulada *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, tercera reimpresión, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM en 2008 con 246 páginas, analiza los principales conceptos de la interpretación y argumentación jurídica de los últimos veinte años en los primeros seis capítulos de éste libro. En este sentido expone el profesor de la Facultad de Alicante, los temas siguientes:

- A. Derecho y Argumentación, en el capítulo primero;
- B. la Tópica del razonamiento jurídico de Theodor Viehweg, en el capítulo segundo;
- C. la nueva retórica de Chaïm Perelman, en el capítulo tercero;
- D. la teoría de la argumentación de Stephen Toulmin, en el capítulo cuarto;
- E. una teoría integradora de la argumentación jurídica de Neil MacCormick, en el capítulo quinto;
- F. la argumentación jurídica como discurso racional de Robert Alexy, en el capítulo sexto; y
- G. en el séptimo capítulo presenta Manuel Atienza su proyecto de una teoría de la argumentación jurídica.

A continuación exponemos algunos de los capítulos que en nuestra opinión son más destacados para el presente comentario.

A. Derecho y Argumentación

Manuel Atienza presenta en el primer capítulo denominado "Derecho y Argumentación" (pp. 1-28) de la obra de referencia, los conceptos básicos de la teoría de la argumentación jurídica, de manera tal que aclara, particularmente, la noción del argumento deductivo.

Para que el profesor de la Universidad de Alicante, explique el argumento deductivo primero distingue tres distintos campos de lo jurídico en que se efectúan las argumentaciones. El primero de los campos jurídicos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas. Aquí, a su vez, hace una diferenciación entre las argumentaciones que se presentan en una fase prelegislativa y las que se producen en la fase propiamente legislativa. Mientras que en la fase prelegislativa puede considerarse que los argumentos, tienen, en general, un carácter más político y moral que jurídico, en la fase legislativa los papeles se invierten, de manera que son las cuestiones de tipo técnico-jurídico las que pasan a un primer plano. Continúa Manuel Atienza exponiendo un segundo campo jurídico en el que se utilizan los argumentos jurídicos los cuales consisten en la aplicación de normas jurídicas a casos concretos para lo cual se emiten resoluciones a los casos concretos. Finalmente el tercer ámbito de utilización de los argumentos jurídicos, es el de la dogmática jurídica.

En relación con éste tercer ámbito de utilización de los argumentos jurídicos, afirma Atienza, que la dogmática es una actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente las tres funciones siguientes: suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias; suministrar criterios para la aplicación del derecho; y ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico.

Resalta el profesor Atienza que es importante distinguir: por una parte, los órganos aplicadores, administrativos o jurisdiccionales que tienen que resolver casos concretos, por ejemplo, si se les debe o no alimentar por la fuerza a los presos en huelga de hambre para obtener determinados cambios en su situación penitenciaria; por otra parte, el ámbito dogmático del derecho, que se ocupa de casos abstractos, por ejemplo, el de determinar cuáles son los límites entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad personal, y cuál de los derechos debe prevalecer en caso de que entren en conflicto.

Asimismo, el catedrático de Filosofía del Derecho, Manuel Atienza hace una distinción entre el contexto de descubrimiento y contexto de justificación, que nos permite, a su vez, distinguir dos perspectivas de análisis de las argumentaciones. Por un lado está la perspectiva de determinadas ciencias sociales, como la psicología social, que han diseñado diversos modelos para explicar el proceso de toma de decisiones al que se llega, en parte, por medio de argumentos, y por otro lado, está la perspectiva de otras disciplinas que estudian bajo qué condiciones un argumento puede considerarse justificado. La teoría estándar de la argumentación jurídica se sitúa precisamente en esta segunda perspectiva, esto es, en el contexto de justificación de los argumentos y, en general, suele tener pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas. Se trata, por lo tanto, de teorías que pretenden mostrar no únicamente cómo se justifican de hecho las decisiones

jurídicas, sino también cómo se deberían de justificar. Esto es, parten del hecho de que las decisiones jurídicas deben ser y pueden ser justificadas.

Ahora bien, el argumento lógico, dice Manuel Atienza, puede definirse de la siguiente manera: "Tenemos una implicación o una inferencia lógica o una argumentación válida (deductivamente), cuando la conclusión necesariamente es verdadera si las premisas son verdaderas". La lógica, la lógica deductiva, puede presentarse en forma axiomática o como un sistema de reglas de inferencia, pero esta segunda forma de presentación es la que mejor se ajusta a la manera natural de razonar. Ello es así porque mientras que en el modo axiomático de deducir se parte de enunciados formalmente verdaderos (tautologías) y se llega, al cabo de la deducción, a enunciados también formalmente verdaderos, en el modo natural de hacer inferencias deductivas. Se puede partir, y eso es lo más frecuente, de enunciados con valor de verdad indeterminado o incluso declaradamente falsos, y se llega a enunciados que pueden ser verdaderos o falsos. Lo único que determina una regla de inferencia es que si las premisas son verdaderas, entonces también tienen que serlo necesariamente la conclusión.

A los tipos de argumentos en los que el paso de las premisas a la conclusión no se produce necesariamente se les llama a veces argumentos inductivos o no deductivos. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que por inducción no se entiende aquí el paso de lo particular a lo general. Por lo demás los argumentos de este tipo son o pueden ser, buenos argumentos, pues hay muchas ocasiones en que nos encontramos con la necesidad de argumentar y en las que, sin embargo, no es posible utilizar argumentos deductivos.

De manera breve, Atienza ha mostrado cómo es que se puede justificar deductivamente el paso de una premisa normativa y una premisa fáctica a una conclusión normativa. Pero, además de casos jurídicos simples o rutinarios puede considerarse que la labor argumentativa del juez se reduce a efectuar una inferencia de este tipo. Pero, naturalmente, además de casos simples hay también casos difíciles, de los que se ocupa especialmente la teoría de la argumentación jurídica, esto es, supuestos en los que la tarea de establecer la premisa fáctica y/o la premisa normativa exige nuevas argumentaciones que pueden o no ser deductivas.

Señala el profesor de la Manuel Atienza, que Wróblewski, ha llamado el primer tipo de justificación, la que se refiere a la validez de una inferencia a partir de premisas dadas, justificación interna. Y al segundo tipo de justificación, la que somete a prueba el carácter más o menos fundamentado de sus premisas, justificación externa. Finalmente, la justificación interna es tan sólo cuestión de lógica deductiva, mientras que en la justificación externa hay que ir más allá de la lógica en sentido estricto.

Es interesante el cuestionamiento que Atienza hace respecto a la argumentación jurídica, toda vez que explica la relación existente entre la argumentación jurídica y la lógica jurídica. Por un lado, explica que la argumentación jurídica va más allá de la lógica jurídica, pues los argumentos jurídicos se pueden estudiar también desde una perspectiva psicológica o sociológica, o bien desde una perspectiva no formal, que a veces se denomina lógica material o lógica informal, y otras veces se llama tópica, retórica, dialéc-

tica, etc. Por otro lado, explica el profesor de la Universidad de Alicante, que la lógica jurídica va más allá de la argumentación jurídica, en el sentido de que tiene un objeto de estudio más amplio.

B) La teoría de la Argumentación de Stephen Toulmin

En el capítulo cuarto denominado “La Teoría de la Argumentación de Toulmin” (pp. 81-104) de la obra de Manuel Atienza, este señala que la principal aportación de Toulmin a la argumentación jurídica, es haber partido de un modelo que no es el de la lógica deductiva, sino que propone “desplazar el centro de atención de la teoría lógica a la práctica lógica; debido a que no le interesa, insiste Manuel Atienza, una lógica idealizada, sino una lógica aplicada”. Para efectuar dicha operación elige como modelo la jurisprudencia, ya que el paralelismo entre lógica y jurisprudencia permite situar en el punto central la función crítica de la razón.

Asimismo, expone Manuel Atienza que para Toulmin, la argumentación es la actividad total de plantear pretensiones y respaldarla produciendo razones, en tanto que considera al “argumento” como un tramo de razonamientos, esto es, una secuencia de pretensiones razonadas y encadenadas entre ellas que establecen la fuerza y el contenido de proposiciones de una determinada persona.

Además, Atienza hace referencia al modelo argumentativo de Toulmin a través de dos planteamientos: el modelo simple de análisis de los argumentos y el modelo general.

El modelo simple se integra por cuatro elementos: la pretensión, las bases, la garantía y el respaldo, que de acuerdo con Toulmin estos elementos son suficientes para contar con un argumento válido o correcto. En tanto que el modelo general, que consiste en exponer la fuerza de los argumentos, y sus elementos adicionales son los cualificadores y las refutaciones.

C) Una Teoría integradora de la Argumentación Jurídica de Neil MacCormick

Manuel Atienza expone en la obra de referencia, en el capítulo quinto denominado: “Una Teoría integradora de la Argumentación Jurídica de Neil MacCormick” (pp. 105-147) que es indispensable tomar en consideración la distinción entre la argumentación práctica y la argumentación jurídica expuesta por MacCormick. Para ello se debe armonizar la razón práctica kantiana con el escepticismo humano; de mostrar que una teoría de la razón práctica debe completarse con una teoría de las pasiones; de construir una teoría que sea tanto descriptiva como normativa, y que dé cuenta tanto de los aspectos deductivos de la argumentación jurídica, los no deductivos, los aspectos formales y los materiales; y finalmente, que se sitúe, en definitiva, a mitad de camino entre una teoría del derecho ultrarracionalista y una irracionalista.

La argumentación práctica en general, y la argumentación jurídica en particular, cumplen esencialmente para MacCormick, resalta Atienza, una función de justificación.

Esta función justificadora está presente incluso cuando la argumentación persigue una finalidad de persuasión, pues sólo se puede persuadir si los argumentos están justificados, esto es si están de conformidad con los hechos establecidos y con las normas vigentes.

Así, la teoría integradora de la argumentación jurídica de MacCormick inicia, dice Manuel Atienza, con la consideración de que, las justificaciones que llevan a cabo los jueces, son de carácter estrictamente deductivo. De ahí que la expresión lógica suele usarse al menos en dos sentidos distintos. En un sentido técnico (el de la lógica deductiva) el predicado lógico se emplea básicamente en relación con los argumentos, con las inferencias; las premisas sólo serían ilógicas si fueran contradictorias. Por lo anterior, debe entenderse que una decisión jurídica, cuando menos, tiene que estar justificada internamente, y que la justificación interna es independiente de la justificación externa en el sentido de que la primera es condición necesaria, pero no suficiente, para la segunda.

La segunda cuestión se refiere esencialmente, en que el crear ánimo en el juez, depende fundamentalmente de las pruebas que le sean presentadas, ya que de lo contrario la resolución del juez no se basaría en una administración total y fidedigna de la justicia, sino en la falta de elementos que le permitan tomar una determinación en otro sentido.

Manuel Atienza señala que MacCormick afirma en relación con los “presupuestos y límites de la justificación deductiva” y los “casos fáciles y casos difíciles”, es indispensable hacer referencia a la justificación deductiva, siguiente: el juez tiene el deber, de aplicar las reglas del derecho válido; sin entrar en la naturaleza de dicho deber lo que parece claro es que la justificación deductiva se produce en el contexto de razones subyacentes que justifican la obligación de los jueces en cuestión y que, en ocasiones pesan más que el deber de hacer justicia; y que el juez puede identificar cuáles son las reglas válidas, lo que implica aceptar que existen criterios de reconocimiento compartidos por los jueces.

Manuel Atienza identifica en la exposición de MacCormick los siguientes problemas respecto de la teoría deductiva: el problema de interpretación se plantea cuando hay duda sobre cuál sea la norma aplicable; los problemas de prueba se refieren al establecimiento de la premisa menor. Probar significa establecer proposiciones verdaderas sobre el presente y, a partir de ellas, inferir proposiciones sobre el pasado. Los problemas de calificación o de hechos secundarios se plantean cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios, pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caos que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma.

En relación con el requisito de universalidad de las resoluciones que dirimen un conflicto, está también implícito en la justificación deductiva, afirma Atienza que en opinión de MacCormick, únicamente hace una reproducción propuesta en el esquema de argumentación de Toulmin, a favor de una pretensión o conclusión, para lo cual hay que aducir no sólo razones concretas, sino también como MacCormick la llama a este requisito exigencia de justicia formal y, en su opinión, tiene un alcance que se extiende tanto hacia el pasado -un caso presente debe decidirse de acuerdo con el mismo criterio utilizado en casos anteriores- como, sobre todo, hacia el futuro.

Según MacCormick, dice Atienza, que siguiendo la misma línea que Hare, aclara que universalidad no es lo mismo que generalidad. Es decir, una norma puede ser más específica que otra, pero ser igualmente universal, con que una norma sea más o menos específica.

En relación con los requisitos que deben tener las resoluciones que dirimen conflictos, afirma Atienza que MacCormick que la "consistencia" y la "coherencia" consisten en que una hipótesis científica, en efecto, tiene que tener sentido en relación con el cuerpo existente del conocimiento científico y en relación con lo que ocurre en el mundo. El requisito de consistencia puede entenderse que deriva, por una parte, de la obligación de los jueces de no infringir el derecho vigente y, por otra parte, de la obligación de ajustarse a la realidad en materia de prueba.

Atienza de ahí sostiene que según MacCormick, los principios y valores son equivalentes, pues él no entiende por valor simplemente los fines que de hecho se persiguen, sino los estados de las cosas que se consideran deseables, legítimos, valiosos. Para MacCormick, reitera Atienza que los principios se caracterizan por ser normas generales, lo que hace que cumplan una función explicativa ya que aclaran el sentido de una norma o de un conjunto de normas; y tienen un valor positivo, lo que hace que cumplan una función de justificación.

Asimismo, dice Atienza que para MacCormick los principios son necesarios para justificar una decisión en un acto difícil, pero un argumento basado en algún principio no tiene carácter concluyente, como lo tendría si se basara en alguna norma obligatoria.

Los argumentos por analogía poseen también este mismo carácter incluyente pues, en realidad, argumentar a partir de principios y por analogía no son cosas muy distintas. La analogía no sería más que un supuesto de uso no explícito, o no tan explícito de principios.

En relación con los argumentos consecuencialistas dice Atienza que para MacCormick, éste tipo de argumentos deben tener sentido no sólo en relación con el sistema, sino también en relación con el mundo. Aunque MacCormick, dice Atienza, reconoce que en la justificación de una decisión en los casos difíciles lo que se produce es una interacción entre argumentos a partir de principios y argumentos consecuencialistas.

Entre el resultado y las consecuencias de una acción, el resultado de la acción del juez al decidir un caso consistente en producir una norma válida; el resultado, podríamos decir, forma parte del propio concepto de acción, aunque una misma acción pueda describirse como produciendo uno y otros resultados. Las consecuencias son los estados de una cosa posteriores al resultado y conectados con él. Sin embargo, lo que importa son más bien las consecuencias en el sentido de implicaciones lógicas, a las cuales MacCormick denomina consecuencias jurídicas, mismas que se evalúan en relación con una serie de valores, como la justicia, el sentido común, el bien común, la convivencia pública, etc. Por lo que, si la concepción de MacCormick se le quiere seguir llamando utilitarista, habría que decir que se trata no solamente de un utilitarismo de la regla, sino también de un utilitarismo ideal.

Sobre la tesis de la única respuesta correcta y los límites de la racionalidad práctica, sostiene Atienza que MacCormick dice que no puede pretenderse que para cada caso difícil existe una única respuesta correcta.

Atienza expone que de acuerdo con MacCormick, la crítica de Dworking a Hart consiste en que primero, Hart no da cuenta del papel de los principios en el proceso de aplicación del derecho; los principios no podrían identificarse a través de la regla de reconocimiento que, como se sabe, en la caracterización del derecho de Hart cumple precisamente el papel de indicar cuáles son las normas; la teoría de las normas sociales en que se basa la noción de regla de reconocimiento; que Hart caracteriza mal la discreción judicial al suponer que, en los casos difíciles, los jueces actúan como cuasi legisladores y ejercen una discreción fuerte.

La importancia de los principios es innegable, afirma Atienza que MacCormick rechaza la noción del principio con que opera Dworkin por un lado, toda vez que, la caracterización de Dworkin no explica el papel que juegan las reglas en el argumento por analogía, en donde no puede decirse que se apliquen en la forma todo o nada.

Por lo que Atienza señala que MacCormick menciona, que frente a los casos difíciles, los jueces no gozan de discreción en sentido fuerte, puesto que sus decisiones están limitadas por los principios de universalidad, consistencia, coherencia y aceptabilidad de las consecuencias. La exigencia más fundamental de la racionalidad práctica es que a favor de una acción debe darse algún tipo de razón, bien sean razones valorativas o bien razones finalistas.

La exigencia sólida para fundamentar la racionalidad práctica es que a favor de una acción debe darse algún tipo de razón, bien sean razones valorativas o bien razones finalistas.

Una parte importante es la exposición de Atienza sobre las críticas a la Teoría de la Argumentación Jurídica de MacCormick, mismas que a continuación destacan las siguientes:

- a) MacCormick hace una reelaboración de la justificación del juez.
- b) La utilización de la lógica proposicional no parece ser del todo adecuada para dar cuenta del razonamiento judicial y, de hecho, MacCormick escribe en la simbología de la lógica proposicional lo que, en realidad, tendría que expresar en términos de lógica de predicados.

En relación con *Verdad y derecho*, Atienza afirma que MacCormick sostiene que en contextos jurídicos, la verdad fáctica depende de lo que establezcan como tal un juez o alguna otra instancia jurídica, sobre la determinación de la verdad. Esto valdría tanto para enunciados singulares, es decir, en relación con la premisa menor, como para enunciados universales, la premisa mayor lo que hace que la aplicación de la lógica deductiva sea, incluso, menos problemática en el discurso jurídico que en la ciencia y en el discurso empírico. El concepto de verdad que se usa en el derecho es exactamente el mismo que se maneja en las ciencias empíricas.

D) La argumentación jurídica como discurso racional de Robert Alexy

Manuel Atienza expone en el libro de referencia, capítulo sexto, denominado "La argumentación jurídica como discurso racional de Robert Alexy" (pp. 149-202), que el profesor de la Universidad de Kiel, Robert Alexy, utiliza fuentes muy variadas, entre otras diversas teorías de la ética analítica, la teoría del discurso de Habermas, la teoría de la deliberación práctica de la escuela de Earlange y la teoría de la argumentación de Perelman.

En relación con la teoría del discurso de Habermas, retoma "las innegables" diferencias entre la lógica de la argumentación teórica y la de la argumentación práctica, las cuales, afirma Alexy, que no son tales como para desterrar a esta última del ámbito de la racionalidad.

En la interacción ordinaria, las pretensiones de validez que se vinculan con cada acto de habla se aceptan de forma más o menos ingenua. En Habermas, el concepto de acción comunicativa se contrapone básicamente al de acción estratégica. La acción estratégica es una acción orientada al éxito, mientras que la acción comunicativa es una acción orientada hacia la comprensión intersubjetiva, que alcanza su plenitud en el ejercicio sin trabas de la comunicación

En éste sentido, dice Manuel Atienza que la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, se puede caracterizar como una teoría procedimental que hace referencia a los siguientes aspectos:

- a) Los individuos que participan en el procedimiento, los cuales pueden tratarse de un sólo individuo, de varios individuos o de todos los individuos de una clase, por una parte; y por otra parte, pueden tratarse de individuos realmente existentes o de individuos contruidos o ideales.
- b) Las exigencias que se imponen al procedimiento, el cual puede formularse íntegramente a través de reglas, porque no se establece ninguna prescripción sobre cómo deben ser los individuos.
- c) La peculiaridad del proceso de decisión, el cual puede incluir o no la posibilidad de la modificación de las convicciones normativas de los individuos, existentes al comienzo del procedimiento.

La crítica a la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, dice Manuel Atienza, se dirige a poner en entredicho la aplicabilidad o utilidad de la teoría, las cuales se refieren a la idea de que la verdad o la corrección de los enunciados.

E) El Proyecto de una teoría de la argumentación jurídica

Manuel Atienza expone, en la obra en comento, en el último capítulo, denominado "Proyecto de una teoría de la argumentación jurídica" (pp. 203-219). En primer lugar, que no se puede olvidar que la argumentación que se efectúa en la vida jurídica es, por una par-

te, una argumentación sobre hechos, mientras que la teoría estándar se ocupa, casi con exclusividad, de cuestiones de tipo normativo.

En segundo lugar, la teoría de la argumentación jurídica tendría que dar cuenta no sólo de los razonamientos que se producen en la interpretación y aplicación del derecho, así como en la elaboración de la dogmática jurídica, sino también de la argumentación que tiene lugar en el ámbito de la producción del derecho.

En tercer lugar, y situándonos ahora en el contexto de la aplicación del derecho, la teoría estándar de la argumentación jurídica sólo considera el proceso que suele denominarse como adjudicación. Pero prácticamente olvida por completo que la resolución de problemas jurídicos es, con mucha frecuencia, resultado de una mediación o de una negociación.

En cuarto lugar, la teoría de la argumentación jurídica no puede tener un carácter puramente prescriptivo, sino que ha de ser también descriptivo; con ello dice Atienza quiere decir que debe ser capaz de dar cuenta suficientemente de los argumentos que tienen lugar de hecho en la vida jurídica.

Dice Atienza que la representación de la argumentación, tanto de MacCormick como Alexy recurren a estos efectos a la lógica formal deductiva, pero no es un instrumento suficiente para cumplir ese objetivo. Básicamente, por que en los procesos de argumentación jurídica juegan un papel fundamental las relaciones de ser un argumento a favor de y ser un argumento en contra de, que no pueden traducirse adecuadamente en términos de la noción habitual de inferencia lógica. Primero, hay que representar las relaciones que guardan los argumentos entre sí, después, el aspecto semántico.

En ésta teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza se resalta que debería cumplir, básicamente, tres funciones: la primera es de carácter teórico o cognoscitivo, la segunda tiene una naturaleza práctica o técnica y, la tercera podría calificarse como política o moral. La primera de estas funciones, lo que habría que ver es hasta qué punto puede contribuir una teoría de la argumentación jurídica al desarrollo de otras disciplinas, jurídicas o no, y, en definitiva, hasta que punto nos permite una comprensión profunda del fenómeno jurídico como de la práctica de argumentar.

La teoría de la argumentación tendría que comprometerse con una concepción más crítica con respecto al derecho de los estados democráticos, lo que, por otro lado, podría suponer también adoptar una perspectiva realista.

2. Necesidades, intereses y jueces

El investigador de la UNAM Carlos Pérez Vázquez escribe la obra denominada *Necesidades, intereses y jueces*, primera edición, publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM con 114 páginas en 2006.

El maestro Carlos Pérez Vázquez, es investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, maestro por la Universidad de Harvard y candidato a doctor por la University College London.

La obra que comentamos del Maestro Pérez Vázquez, la redactó en su primera versión en la Universidad de Harvard, y después, continuó con la versión que ahora nos presenta, durante su estancia en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Asimismo es necesario resaltar, que el extraordinario jurista mexicano Sergio García Ramírez es quien realiza el prólogo de la presente obra, como siempre lo caracteriza al profesor García Ramírez, realiza con profundidad y conocimiento de los casos que conoce, al exponer el profesor García Ramírez, la grandeza de la función judicial acotada por la ley, de la influencia de Carlos Santiago de Nino en el autor en comento, en los temas siguientes: el "interés superior", los "intereses legítimos", los "intereses vitales", y los llamados "asuntos sociales".

El investigador Carlos Pérez se pregunta y responde las siguientes preguntas: ¿cómo seleccionar una necesidad entre varias que compitan para ser satisfechas?, ¿existe alguna regla que justifique la discriminación que privilegia la satisfacción de ciertas necesidades por encima de otras? ¿Con base en qué puede considerarse a una necesidad más valiosa que otra? Para responder estas y otras interrogantes el autor desarrolla en tres capítulos encaminados a exponer la importancia que debieran tener las necesidades humanas o los denominados intereses vitales dentro de la creación de derechos a partir de su valoración por parte de los jueces, en aquellos casos en que las necesidades humanas se encuentren en conflicto. En este sentido, existe una correlación entre intereses y derechos o en otros términos, para el autor, un derecho es un reclamo vencedor.

En la presente obra, el maestro Carlos Pérez expone las necesidades en el ámbito judicial, con el objetivo de conocer el trabajo judicial, por lo que no son objeto de la presente obra, las necesidades en el ámbito legislativo y político, temas que señala el autor son objeto de otras obras que él ha escrito.

La obra en comento se compone de tres capítulos, el primero se denomina "Una introducción a la teoría de los reclamos de necesidad y su relación general con los derechos" (pp. 1-27), para exponer esta teoría, analiza el autor:

- 1) La "la objetividad de las necesidades humanas. En éste apartado se pregunta ¿Por qué son más importantes que los deseos y preferencias personales?"; después, el investigador de la UNAM, estudia lo siguiente.
- 2) "La idea de los intereses vitales";
- 3) "La creación de derechos a partir de los reclamos de necesidad";
- 4) "Una justificación moral para crear derechos a partir de los reclamos de necesidad"; y finalmente
- 5) "Los reclamos de necesidad y las decisiones judiciales"

Particularmente en el capítulo primero denominado "Una introducción a la teoría de los reclamos de necesidad y su relación general con los derechos" el doctorante Pérez Vázquez realiza en una teoría conceptual mínima de las necesidades y su relación con los derechos. Señala que las necesidades no son un producto mental. Así expone, el investigador universitario, la distinción entre necesidades individuales y los estados hu-

manos individuales (gustos, deseos y preferencias). El autor elabora un concepto de necesidades: éstas necesidades consisten principalmente en que las necesidades humanas, existen de acuerdo al mundo como es, es decir, no se encuentran sujetos a condiciones subjetivas, mientras que los estados humanos individuales son producto de la mente humana, la cual le da contenido a los deseos y preferencias de cada individuo. Asimismo afirma que necesidades vitales e intereses vitales son lo mismo.

Por lo anterior, para la creación de derechos, no deben ser tomados en consideración los estados humanos individuales, sino las necesidades humanas, mismas que deberán competir con otras necesidades humanas, a efecto de dar origen a derechos objetivos, para lo cual serán sometidas a un debate orientado por criterios de razonabilidad. En otros términos, el autor se propone encontrar la mejor justificación para crear derechos a partir de reclamos de necesidad, puesto que los derechos constituyen límites al ejercicio de la autonomía personal por parte de terceros.

Por lo que dice el maestro Carlos Pérez que la superioridad de las necesidades humanas sobre los estados humanos individuales consiste en que sin la satisfacción de ciertas necesidades, cualquier persona sería incapaz de formular deseos o preferencias, por lo que previo a la satisfacción de cualquier producto de la mente humana, deben encontrarse satisfechos aquellos requisitos básicos e indispensables para la vida, los cuales pueden identificarse como intereses vitales. Las necesidades pueden diferenciarse por las razones fuertes o débiles que las justifican.

Así el autor responde a las siguientes preguntas: ¿por qué las necesidades tienen más fuerza que las creencias, deseos y creaciones mentales de los individuos? Y ¿por qué las necesidades personales deben ser consideradas como algo tan importante?

El autor señala que un reclamo consiste en pedir o exigir con derecho o con instancia algo, el cual esta relacionado con un derecho. Esto es un derecho es un tipo especial de reclamo. Por lo que considera que un reclamo es una acción personal y el derecho se puede referir a una relación entre persona y un objeto.

En éste sentido, el maestro Pérez Vázquez presenta la idea de la creación de derechos a partir de los reclamos de necesidad, para lo cual resulta indispensable la relevancia o fuerza de las razones que respaldan al reclamo, en este sentido, las necesidades humanas deben ser entendidas como razones pueden defenderse sólidamente como una fuente válida de creación de derechos, específicamente cuando aquellas razones devienen de necesidades vitales (que se identifican con los intereses vitales), pues estas son el tipo de necesidades más poderosas que pueden encontrarse. Es importante resaltar que el autor afirma que muchas ocasiones los jueces resuelven conflictos que tienen relación con reclamos de necesidad, sin saber en que consisten y sin estar conciente de ello.

Además afirma el maestro Carlos Pérez Vázquez que el discurso racional produce razones sobre las cuales se realiza ciertas clases de acciones las cuales debe distinguirse entre razonabilidad y racionalidad. De tal manera que el discurso racional no es suficiente para justificar un razonamiento, sino tan solo para presentarlo como razonable.

Asimismo el autor expone la creación la forma por la cual los derechos pueden crearse a partir de necesidades en la arena judicial. Éste punto es interesante, el tratamiento que da el autor a la relación que existe entre los reclamos de necesidad y las decisiones judiciales estableciendo que la misma se presenta cuando la confrontación entre los reclamos de necesidad y otro tipo de reclamos se resuelven judicialmente. Los casos en que los jueces conocen conflictos que se suscitan entre un reclamo de necesidad y otro tipo de reclamos deben resolverse por parte de los funcionarios encargados de administrar la justicia, a partir de la aplicación de una evaluación de razonabilidad con el fin de establecer una jerarquía entre los reclamos enfrentados.

Asimismo afirma el autor, que tres principios morales con base en los cuales pueden establecerse derechos fundamentales: el principio de autonomía personal; el principio de dignidad y el principio de inviolabilidad, principios con los cuales todos los seres humanos deben de ser tratados respetándoles dichos principios.

El capítulo segundo lo denomina el autor, "Una crítica a decisiones judiciales a partir de una aproximación basada en los reclamos de necesidad" (pp. 29- 80), para realizar dicha crítica el autor expone algunos casos del derecho norteamericano, como los siguientes:

- 1) Los casos *Casey vs. Planned Parenthood on Pennsylvania*, 505 U.S. 833 (1992);
- 2) *El asunto del bebé M*, 537 A.2d 1227 (1988); y
- 3) *El caso Bowers vs. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). Asimismo algunos casos de México como el siguiente.
- 4) El tratamiento elemental de las necesidades en el razonamiento judicial mexicano; una reflexión acerca del interés público en México; el interés individual como interés jurídico; y las necesidades individuales contra las necesidades sociales

En "Crítica a decisiones judiciales a partir de una aproximación basada en los reclamos de necesidad", el autor realiza una comparación de resoluciones judiciales dictadas por cortes norteamericanas y cortes mexicanas, con el propósito de contrastar aquellas decisiones que, en su opinión, fueron tomadas como consecuencia de una evaluación racional de las razones expuestas por las partes en conflicto, a efecto de resolver privilegiando aquel reclamo de necesidad que demuestre sustentar sus argumentos en razones más fuertes y validas, con aquellas resoluciones que no cumplen con esta característica sino que pretenden satisfacer aquellas pretensiones que no representan intereses individuales representativos de necesidades vitales. Es importante resaltar que el método utilizado por el autor, llamado por otros autores como método contrastante, muestran como pueden los jueces tomar decisiones justas o no, pero si basadas en las necesidades.

Asimismo, es importante resaltar que el criterio que ha prevalecido en las decisiones dictadas en los conflictos que se han presentado entre reclamos de necesidad y otro tipo de reclamos, cuando estos últimos se identifican como de interés social, ha sido el de privilegiar aquellos que se consideran como de interés colectivo, lo que pareciera ser

el camino más fácil y que no representa un ejercicio profundo del razonamiento judicial, toda vez que comúnmente, sigue la regla general sobreponer el interés colectivo al interés individual, sin realizar una evaluación de razones a efecto de satisfacer aquel interés que se encuentre respaldado por las razones más fuertes.

El autor expone de una manera crítica los contenidos de los intereses individuales, el interés público, el interés jurídico, las necesidades individuales y las necesidades sociales y sobre el uso del “reclamos de necesidad” utilizado por los jueces.

En el último capítulo, el autor lo denomina, “En busca de una justificación liberal del paternalismo” (pp. 83-107). En dicha búsqueda, el autor, señala que “¿Qué debemos entender por paternalismo?”. Para responder dicha pregunta presenta el doctorante Pérez Vázquez, dos casos resueltos por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, primero, el caso *Lochner vs. Nueva York, U.S. 45, 198 (1995)* y después, el caso *Employment Division vs. Smith, 494 U.S. 872 (1990)*, y por último expone “los límites a las necesidades vitales”.

El autor hace referencia al concepto de paternalismo, a efecto de justificar una intervención gubernamental mínima, a efecto de ayudar a las personas para alcanzar sus proyectos personales, atendiendo a la idea de que el individuo libre debe ser protegido para que no malgaste su vida sin saber que existe toda una gama de vidas posibles a su alcance.

Sin embargo, debe tenerse presente que el paternalismo, cuando se ejerce de forma extralimitada, puede convertirse en una tiranía, en la que se coarte el ejercicio de la libertad por parte de los individuos, impidiendo que estos decidan de entre todas las posibles vidas a su alcance, para limitarse a aquella que sea determinada por un gobierno autoritario.

Enseguida, el maestro Pérez Vázquez realiza el análisis de dos decisiones dictadas por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, como el caso *Lochner vs. Nueva York, U.S. 45, 198 (1995)* y el caso *Employment Division vs. Smith, 494 U.S. 872 (1990)*, en las que quedan de manifiesto los contrastes existentes entre los criterios utilizados al momento de resolver por las autoridades jurisdiccionales norteamericanas, toda vez que en la primera de las resoluciones analizadas, se privilegia la libertad contractual de los individuos, sobre aquellos intereses vitales que son generalmente protegidos por el Estado a través de la creación de disposiciones jurídicas que garantizan la protección de aquellas necesidades que se encuentran dentro del interés de los individuos. En la segunda decisión se observa un ejemplo claro del paternalismo, por lo que la Corte privilegia la aplicación de una ley que prevé límites al ejercicio de la libertad, en el entendido de la obligatoriedad de las normas jurídicas, buscan inhibir la realización de actividades que impidan el correcto desarrollo individual de los sujetos sometidos al arbitrio de la ley.

3. La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho

La obra que comentamos del profesor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas se denomina: "La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho", la cual es publicada en México por Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en 2006 con 531 páginas.

El doctor Ezquiaga es profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad del País Vasco. Asimismo, es uno de los exponentes más claros de la argumentación jurídica. Él ha publicado diversas obras destacables como *La argumentación en la justicia constitucional española*, con la cual obtuvo el grado de doctor con mención *apto cum laude*; otra obra destacable, se intitula, *El voto particular*, publicado por el Centro de Estudios Constitucionales en España; otra obra es la intitulada *Iura Nivit Curia* y aplicación judicial del derecho, entre otros libros y artículos publicados en revistas especializados como las revistas "Isonomía", "Doxa" y "Cuaderno de Filosofía del Derecho".

La obra del profesor Ezquiaga es destacable debido a que aplica la doctrina a casos específicos principalmente resoluciones del Tribunal Constitucional Español como otros tribunales como del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en México. Lo anterior permite que su obra sea ampliamente conocida no solamente por los estudiosos del tema como profesores, investigadores y estudiantes, sino también por juzgadores tanto en España como en varios países de Latinoamérica.

El autor explica en el presente libro, los distintos tipos de argumentos que se utilizan en el derecho, para ello desarrolla en doce capítulos los distintos tipos de argumentos como los siguientes: 1) el argumento analógico, 2) a partir de los principios, 3) el sistemático, 4) el *a fortiori*, 5) el a contrario, 6) el psicológico, 7) el de la no redundancia, 8) el apagógico, 9) el pragmático, 10) el de autoridad, 11) el histórico; y 12) el teológico.

Después expone en tres apéndices, 1) el sistema jurídico, 2) las sentencias interpretativas; y 3) Los juicios de valor en la decisión judicial.

A continuación vamos a explicar algunos de los argumentos que nos presenta el profesor Ezquiaga en el libro de referencia; y luego los apéndices de referencia.

El argumento analógico (pp. 1-40). Expone el autor que ante las lagunas legales, la obligación que se impone a los juzgadores para resolver los asuntos que se les presente, y las sanciones previstas para aquellos juzgadores que no resuelvan, y la falta de disposiciones para prever todos los casos que la realidad cambiante se nos presenta pone a los juzgadores en la necesidad de encontrar soluciones a casos no previstos en las hipótesis normativas. Por lo que debe el juzgador trasladar la solución legalmente prevista para un caso a otro semejante no regulado por el ordenamiento jurídico (lagunas). En términos de una lógica formal, sería lo siguiente: para aplicar el argumento analógico se debe acentuar las semejanzas entre dos supuestos. Una norma N que regula un supuesto S1 al que aplica la consecuencia jurídica C; Otro supuesto S2 no regulado por ninguna norma; (laguna aparente). Los supuestos S1 y S2 son semejantes. Entre los supuestos S1 y S2 se aprecia identidad de razón, motivándose la creación de una nueva norma.

El profesor del país Vasco expone los conceptos de lagunas y sus tipos, el reconocimiento por el Tribunal Constitucional Español por falta de previsiones constitucionales y legales. Asimismo la declaración de inconstitucionalidad de una regulación y la falta de adaptación o sustitución por parte del legislador. Para lo cual exhibe las formas de solucionar los problemas que presenta las lagunas legales y la forma de solucionarlos mediante los métodos de sea de heterointegración, sea por autointegración. Asimismo explica los límites de la analogía.

El argumento a partir de los principios (pp. 41-68). Deja ver el profesor Ezquiaga, que antes de la entrada en vigor de la Constitución vigente española, 1978, el problema de los "principios" se reducía a los "principios generales del derecho", lo cual constituía una fuente del derecho en defecto de la ley o la costumbre, como "informadores" del derecho. Pero dice, en la Constitución vigente, se crearon "principios constitucionales", así como, los "principios rectores de la política social y económica", por lo que dicha distinción complica la elaboración de una teoría general de los principios generales del derecho. Por lo anterior, dice el profesor Ezquiaga que hemos denominado a los citados en primer término, como principios generales, y a los otros, principios constitucionales. Por lo anterior, en el presente caso, los argumentos se desarrollan sobre la base de los siguientes principios: los principios de derecho positivo: normas promulgadas o construidas con elementos pertenecientes a varias disposiciones pero que son consideradas más importantes que las demás; los principios implícitos de derecho: premisas o consecuencia de normas; y los principios extrasistemáticos: principios externos al sistema que provienen del derecho comparado o de reglas sociales aceptadas por la práctica judicial; éstos a primera vista no se pueden conectar con la idea del legislador racional por estar fuera del ordenamiento jurídico.

Además, dice el profesor Ezquiaga que se considera que su base está constituida por la distinción entre reglas y principios; su argumento es la vida jurídica cotidiana; están constituidos por un conocimiento de la metodología jurídica. Este tipo de argumentos son utilizados con una finalidad interpretativa: ante una pluralidad de significados de un enunciado, se optará por el que se adecue al principio. Por lo que deben cumplirse las siguientes reglas: a una regla no se le debe atribuir un significado contrario a un principio válido del ordenamiento; a una regla que exprese un principio se le debe dar un significado lo más coherente posible con los demás principios del ordenamiento; si dos principios constitucionales se manifiestan contradictorios se deben armonizar sin que se vacíe de contenido a ninguno; a una regla no se le debe atribuir un significado que ponga de manifiesto la contradicción entre dos principios. El problema es ¿Qué norma es más importante que otra para elevarla a categoría de principio?

El autor muestra cómo un artículo constitucional se eleva a la categoría de principio, asimismo cómo se deduce o presupone un principio, los principios de una legislación, los generales del derecho, y las funciones de los principios.

Después, el investigador Ezquiaga explica el argumento sistemático. En dicho apartado da su concepto, sus diferencias con otras instituciones, las acepciones de sistema,

la coherencia, el argumento a *cohaerentia*, sus modalidades positivas y negativas, el *argumento sedes materiae*, a *rubrica*.

El argumento sistemático (pp. 69-156) sirve dice el profesor de la Universidad del País Vasco, para resolver dudas, fijando el significado de un término mediante su interpretación. Asimismo, afirma que dota de un significado sugerido o no impedido por el sistema jurídico, a un enunciado de comprensión dudosa; que se tiene en cuenta el contenido de otras normas o su contexto jurídico, para la atribución de significado a un precepto; o se reenvía en forma automática al concepto aplicable del sistema jurídico; y avala la interpretación sistemática por las siguientes razones: da conexión material entre preceptos que regulen la misma materia; proporciona razones lógicas (apartados de un artículo); usa motivos gramaticales; y señala razones históricas o antecedentes doctrinales. Asimismo, utiliza la coherencia de preceptos o principios y el diseño racional realizado por el legislador.

El profesor Vasco explica el argumento psicológico (pp. 177-228). El presente argumento se le llamada indistintamente lógico, psicológico o teleológico. Éste argumento atribuye a una regla el significado que corresponde con la voluntad del emisor o autor de la misma. Asimismo, apela a la voluntad, intención u objetivos del autor o emisor: ratió legis del Legislador, Congreso de la Unión, Presidente de la República etcétera, basándose sobre todo en los trabajos preparatorios.

Se ha dicho que el presente argumento, pretende evitar que se atribuya a un determinado documento normativo su significado literal, porque es distinta la voluntad, la intención o los objetivos del legislador; y pretende otorgar al precepto que le plantea dudas interpretativas, el significado que le corresponda reconstruyendo la intención del legislador. El profesor Ezquiaga da a conocer los problemas que en ésta argumentación enfrentan las exposiciones de motivos de los actos legislativos, los preámbulos, las resoluciones administrativas o judiciales, de manera que plantea la interrogante relativa a dudar de la existencia de la voluntad del legislador.

El argumento apagógico (pp. 247-284) el profesor Vasco lo hace ver como un esquema de la lógica, y su aplicación por el Tribunal Constitucional Español. En tal argumento se justifica o permite rechazar una interpretación o significado posible por las consecuencias absurdas a las que conduce. Asimismo, éste tipo de argumentos, se considera que a una regla legal no se le debe atribuir un significado que: la haga incompatible con una regla constitucional; que haga ineficaz un derecho constitucional; que la haga incompatible con otra regla o principio del ordenamiento; que convierta en ineficaz cualquier otra regla o principio del ordenamiento; o que deje sin contenido otra norma del ordenamiento; y que sea contrario a la jurisprudencia. En consecuencia, en dicho argumento se apela a la supuesta razonabilidad del legislador, descartando la posibilidad de que formule normas absurdas o que conduzcan a resultados absurdos en su aplicación. Dice el profesor Ezquiaga que no se debe atribuir a un documento normativo su significado literal, si entendiéndose así expresa una norma absurda o que da lugar a resultados absurdos al aplicarse, ya que se supone que el legislador es razonable

y que no hubiera podido admitir una interpretación de la ley que conduzca a consecuencias ilógicas o inicuas.

En relación con el argumento pragmático (pp. 285-323), menciona el profesor español que se basa en las consecuencias. El argumento pragmático consiste en establecer la verdad, el valor o el significado de la interpretación a partir de las consecuencias que de ella se derivan, así como la falsedad de la tesis defendida por el adversario. Asimismo, en el presente tipo de argumentos, sostiene el investigador Vasco que permite investigar la causa a partir del efecto, o bien aprecia las causas por los efectos.

En el argumento de autoridad (pp. 325-352) escribe el profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad del País Vasco, que consiste en que a un enunciado normativo le es atribuido aquel significado que ya le había sido atribuido por alguien y por ese solo hecho; que en el presente tipo de argumentos se utiliza actos o juicios de una persona o de un grupo de personas como medio de prueba a favor de una tesis; y que permite interpretar la ley conforme a los precedentes, conforme a una decisión anterior y a la doctrina generalmente admitida. Por ejemplo. Se tiene la siguiente forma general: "X" (alguna persona u organización que debe saberlo) dice que "Y"; Por lo tanto, "Y" es verdad.

Del argumento histórico (pp. 353-391) dice el profesor Ezquiaga primero su noción y luego su desarrollo. Él considera que en el presente tipo de argumento se supone que el legislador es conservador y que permanece fiel a la manera mediante la cual quiso regular una determinada materia, a menos que se hayan modificado expresamente los textos legales; asimismo se justifica o atribuye a un enunciado un significado por ser acorde a la forma en que los legisladores, a lo largo de la historia, han regulado la institución jurídica que él mismo regula; y que en ausencia de indicaciones expresas se le debe atribuir a un enunciado el mismo significado normativo que tradicionalmente se le ha atribuido al enunciado normativo, precedente y preexistente, que regulaba la misma materia en la misma organización jurídica. Los usos que pueden existir son, primero el estático que consiste que, ante una duda acerca del significado de un enunciado, el juez justifica su solución alegando que es la forma en que tradicionalmente se ha entendido la regulación sobre la materia. Segundo, el Dinámico, el cual consiste en que, la historia de las instituciones jurídicas se desarrolla como una tendencia hacia el futuro y se impide entender las reglas actuales con los criterios proporcionados por regulaciones ya derogadas.

Un argumento importante lo es, el teleológico (pp. 393-418), que es aquel por el que se justifica la atribución de un significado que apela al fin para el que se creo el precepto. En el presente argumento, sostiene el profesor Ezquiaga que concibe a la norma como medio para la consecución de un fin. Esto es, determina el sentido de la norma a partir de la finalidad que persigue y su alcance

Al final el profesor Vasco señala, en los apéndices lo siguiente. En el primer apéndice, intitulado: "El sistema jurídico" (433-483) el cual considera que el Derecho como ordenamiento jurídico coactivo, institucionalizado, de unidad, dinámico y los problemas que presenta de validez. El profesor español resalta las antinomias y la jerarquía. En el apéndice segundo, expone "Las sentencias interpretativas" (pp. 485-500). Los distintos

tipos de sentencias: que estiman o desestiman el recurso, por las que se declara inconstitucional o constitucional una norma. Y en el tercer apéndice señala, "Los juicios de valor en la decisión judicial" (pp. 501-531) en la interpretación de los hechos, en los argumentos epistemológicos, jurídicos, en la elección de la norma aplicable así como en la necesidad o no de interpretar una norma, el método de interpretación usado, el uso del método de interpretación seleccionado y su comprensión diferente.

4. Ponderación, control de constitucionalidad y representación.

Robert Alexy expone en un capítulo denominado "Ponderación, control de constitucionalidad y representación" (pp. 1-18) del libro intitulado *Jueces y ponderación argumentativa*, de Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en 2006.

El profesor Alexy presenta el constitucionalismo discursivo como una teoría, de la cual son partes importantes los conceptos de ponderación, control de constitucionalidad y la representación.

Así afirma el profesor en comento, que la protección de los derechos fundamentales debe tomar en consideración el papel de la ponderación o el balanceo. Esto es, el llamado "principio de proporcionalidad" tiene tres sub-principios que permitirá llegar a la optimización en las resoluciones: 1) balanceo; 2) necesidad; y 3) proporcionalidad.

El cumplimiento de dichos sub-principios, dice el profesor Alexy, permite resoluciones racionales y con menor subjetivismo. Para llegar a dictar éste tipo de resoluciones, es necesario utilizar, afirma el profesor Alexy, la llamada "ley de la ponderación", la cual balancea entre los grados de insatisfacción o detrimento del Derecho, la importancia de satisfacción del principio opuesto y si la importancia de satisfacción del segundo principio justifica el detrimento o insatisfacción del primer principio.

Señala Robert de Alexy que la "fórmula del peso" permite medir las interferencias graves, moderadas y leves para poder adecuadamente balancear en uno u otro sentido. Dicha fórmula la representa de la siguiente manera:

$$W_{ij} = \frac{I_i}{I_j}$$

I i Equivale a la intensidad de la interferencia con el principio

P i El principio que protege una libertad

I j Representa importancia de satisfacer el principio en colisión.

W i, j Equivale al peso concreto de **P i**

I Leve

m Moderado

g Grave

La interferencia puede ser leve, moderada o grave con lo que permite decidir, dice el profesor Alexi, de manera racional y objetiva frente a la colisión de principios mediante el balanceo.

5. El Pequeño Tratado de la Argumentación Judicial

El profesor François Martineau presenta la obra denominada "*Petit Traité D'Argumentation Judiciaire*", tercera edición, publicada en Francia por la editorial Dalloz en 2008 con 434 páginas. La obra esta compuesta de cinco títulos con dieciocho capítulos.

La importancia de la presente obra es por la forma de presentación la interpretación y argumentación a la luz de la retórica de una manera tanto teórica como practica. En éste libro se exponen las soluciones que la retórica antigua, de los griegos y romanos aportaron a la Ciencia del Derecho. Por lo se exponen las características de la argumentación judicial, las relaciones de la retórica y la lógica, los mecanismos de argumentación judicial, las etapas de su construcción, y la forma de elaborar los enunciados de la manera más persuasiva.

Asimismo, el profesor Martineau estudia los argumentos jurídicos de distintas formas:

- 1) los argumentos según su materia: derecho, hechos emociones y valores;
- 2) la forma lógica de silogismo inductivo y deductivo;
- 3) la naturaleza de las relaciones entre los argumentos: contradicción, identidad, inclusión, sucesión o coexistencia.

En relación con las etapas de construcción de la argumentación judicial se estudia la determinación del objetivo del argumento; el análisis de un expediente judicial; la síntesis argumentativa, la calificación de los hechos jurídicos y la interpretación de los hechos.

La obra presente constituye de conformidad con la retórica tradicional, "disposiciones de los discursos judiciales" en donde se expone las etapas de la "demanda" siguientes: *exordio narración judicial, división, confirmación, refutación y peroración*.

El *exordio* consiste en saludar al auditorio y presentar la propuesta que se quiere defender. En ésta etapa también se introduce el tema a tratar y se predispone al auditorio para que sea receptivo no sólo al asunto en debate, sino también y especialmente a la posición que sobre el mismo quiere defender quien expone.

Después viene la *narración*, cuya objetivo es propiciar que quien expone proceda al relato de los hechos que dan lugar a la consulta, o sobre los que se requiere parecer o aquiescencia. En este momento se puede sugerir al auditorio con habilidad y extremo cuidado, la respuesta que quien está en uso de la palabra va a reclamar como la solución

adecuada para el caso que se presenta. En el discurso jurídico es muy importante prestar atención a esta parte del discurso, porque lo que no se alega se tiene por no existente.

En la etapa de la *división* es la parte que aprovecha el expositor para realizar una enumeración ordenada de las proposiciones que va a defender. El expositor debe tener cuidado para que resulte destacada aquella propuesta que va a defender.

A continuación, la *confirmación* es una parte muy importante del discurso. Debe ser utilizada por el expositor para presentar las pruebas que sostenga la propuesta que defiende con el mayor tipo de argumentos. Los argumentos retóricos pueden ser el *entimema* y el *epiquerema*. El primero es un silogismo con antecedente y consecuente. El *epiquerema* es un silogismo con una o varias de las premisas acompañadas con pruebas.

La *refutación* es una subespecie de la parte anterior es decir de la confirmación y, consecuentemente, comparte con ésta la cualidad de ser la parte central del discurso. La diferencia fundamental entre ambas es que en la confirmación el rétor expone el principal o principales argumentos que avalan la tesis que quiere defender presentándola como la más fiable; mientras que en la refutación el orador rebate el principal argumento en contra que dificultaría la aquiescencia a su posición.

La última parte del discurso es la *peroración*. Su finalidad es la de extraer las conclusiones que convienen a la defensa del orador.

Nuevas adquisiciones

Centro de Documentación y Biblioteca Libros (agosto-septiembre)

ÁLVAREZ ALONSO, Clara, *Lecciones de historia del constitucionalismo*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, 247 pp., (Manuales Universitarios)
342.02 / A486l / 25047

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis, *Estudios jurídicos sobre el patrimonio cultural de España*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, 870 pp.
344.094 / A486e / 25037

Ambiente e industria en México. Tendencias, regulación y comportamiento empresarial. [México], El Colegio de México, Centro de Estudios Económicos, [2008], 526 pp. : tab., graf., diag.
363.70972 / A534 / 25193

ARELLANO TREJO, Efrén, coord., *Políticas públicas eficaces en el combate a la delincuencia*. [México], Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, Democracia. Derechos Humanos y Seguridad, A.C., [2007], 119 pp. : graf., (Colección Legislando la Agenda Social)
364.4 / A738p / 5949-50

ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos y María José Veramendi Villa, coords., *Análisis de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. [México], Universidad Iberoamericana, 2008, 396 pp.
341.481 / A784a / 55-56

———, *Hacia una metodología para la mediación del cumplimiento de los derechos humanos en México*. [México], Universidad Iberoamericana, 2008, 255 pp. : tab., cuad., graf.
323.4 / A784h / 5131-32

AZAOLA, Elena, *Violencia intrafamiliar y maltrato infantil*. 2a. ed. Revisada, [México], Comisión de Derechos Humanos del Distrito

- Federal, [2007], 63 pp., (Cuadernos para la Educación en Derechos Humanos; 2)
362.82 / A992v / 59-60
- BACIGALUPO, Enrique, *Justicia penal y derechos fundamentales*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002, 292 pp., (Monografías Jurídicas)
323.4 / B124j / 25045
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, coord., *Manual de derecho constitucional*. 3a. ed., [Madrid], Tecnos, [2008], 2 vols.
342.02946 / B152m / 25065-66
- BARBOSA CRUZ, Mario, *El trabajo en las calles. Subsistencia y negociación política en la ciudad de México a comienzos del siglo XX*. México, El Colegio de México, Centro de Estudios Históricos, Universidad Autónoma Metropolitana, Cuajimalpa, [2008], 291 pp.: cuad., fot., map.
331.1144 / B222t / 25188
- BERGALLI, Roberto, coord., *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista pluridisciplinarios*. [Barcelona], OSPDH, Anthropos Editorial, [2006], xx, 299 pp., (Autores, Textos y Temas. Ciencias Sociales; 53)
325.1 / B536f / 25104
- BERNAL, Beatriz, coord., *Memoria del Primer Congreso de Historia del Derecho Mexicano*. México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1981, 217 pp.
340.0972 / B546m / 5980
- BLANCARTE, Roberto J., coord., *Los retos de la laicidad y la secularización en el mundo contemporáneo*. [México], El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, [2008], 493 pp.
261 / B684r / 25201
- BRACHET-MÁRQUEZ, Viviane, coord., *Salud pública y regímenes de pensiones en la era neoliberal. Argentina, Brasil, Chile y México (1980-2000)*. [México], El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, [2007], 400 pp.: cuad.
368.43 / B872s / 25199
- BULYGIN, Eugenio y Daniel Mendonca, *Normas y sistemas normativos*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, 95 pp., (Filosofía y Derecho)
340.11 / B958n / 25050
- CASSIGOLI, Rossana, coord., *Pensar lo femenino. Un itinerario filosófico hacia la alteridad*. [Barcelona], UNAM, Programa Universitario de Estudios de Género, Anthropos Editorial, [2008], 189

- pp., (Pensamiento Crítico/Pensamiento Utópico; 173. Serie Cultura y Diferencia)
305.4 / C318p / 25108
- CEBRIÁN, Juan Luis, *El fundamentalismo democrático*. [Madrid], Taurus, [2003], 179 pp., (Pensamiento)
321.4 / C372f / 25056
- CEJAS, Mónica I., coord., *Igualdad de género y participación política: Chile, China, Egipto, Liberia, México y Sudáfrica*. [México], El Colegio de México, Centro de Estudios de Asia y África, [2008], 141 pp.
305.49 / C382i / 25204
- La defensa jurídica de las personas vulnerables*. [Navarra], Nihil Prius Fid: Notario, Thomson, Civitas, [2008], 460 pp.
323.3 / D384 / 25116
- DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO, *Informe anual 2007*. [Strasbourg, El Defensor del Pueblo Europeo, Comunidades Europeas, 2008], 161 pp. : fot., graf.
350.914 / D384i / 2007 / 7596-97
- DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Introducción a la retórica y la argumentación. Elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*. 5a. ed., [México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009], xxv, 801 pp.
340.11 / D396i / 25098
- Diccionario del español usual en México*. [México], El Colegio de México, Centro de Estudios Lingüísticos y Literatos, [2007], 937 pp.
C467.972 / D686 / 25190
- DORES, António Pedro, *Espíritu de sumisión. La justicia vista por los emigrantes*. [Barcelona], Fundação para a Ciência e a Tecnologia, OSPDH, Anthropos Editorial, [2008], xii, 305 pp., (Autores, Textos y Temas. Ciencias Sociales; 63)
365.3 / D882e / 25103
- DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*. Madrid, Marcial Pons, 2007, 290 pp., (Filosofía y Derecho)
340.1 / D996j / 25044
- ELGUEA, Javier, *Razón y desarrollo. El crecimiento económico, las instituciones y la distribución de la riqueza espiritual*. [México], El Colegio de México, [2008], 318 pp., (Jornadas; 154)
303.44 / E38c / 25181
- ESTRADA SAAVEDRA, Marco, *La comunidad armada rebelde y el EZLN. Un estudio histórico y sociológico sobre las bases de apoyo za-*

- patistas en las cañadas tojolabales de la Selva Lacandona (1930-2005)*. [México], El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, [2007], 625 pp. : cuad., map.
322.44 / E93c / 25205
- FALCÓN Y TELLA, María José y Fernando Falcón y Tella, *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, 323 pp.
345.02 / F166f / 25039
- FARIÑAS DULCE, María José, *La sociología del derecho de Max Weber*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, 324 pp., (Serie G Estudios Doctrinales; 121)
340.1 / F222s / 7332
- FERNÁNDEZ DÍAZ, Natalia, *La violencia sexual y su representación en la prensa*. [Barcelona], Anthropos Editorial, [2003], 235 pp., (Pensamiento Crítico / Pensamiento Utópico; 138. Serie Cultura y Diferencia)
362.82 / F386v / 25111
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, coord., *Diccionario jurídico*. [Navarra], Thomson, Aranzadi, [2008], 887 pp., (Colección de la A a la Z)
C340.03 / F386d / 25117
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho procesal constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2008, 142 pp.
342 / F394d / 25033
- FIGUEROA, Juan Guillermo y Claudio Stern, coords., *Encuentros y desencuentros en la salud reproductiva. Políticas públicas, marcos normativos y actores sociales*. [México], El Colegio de México, Programa Salud Reproductiva y Sociedad, Centro de Estudios Demográficos y de Desarrollo Urbano, Centro de Estudios Sociológicos, Programa Interdisciplinario de Estudios de la Mujer, [2001], 236 pp.
306.7 / F476e / 25194
- FISS, Owen, *El derecho como razón pública*. Madrid, Marcial Pons, 2007, 331 p., (Colección Filosofía y Derecho)
347.014 / F516d / 25031
- GARCÍA, Brígida, coord., *Mujer, género y población en México*. [México], El Colegio de México, Centro de Estudios Demográficos y de Desarrollo Urbano, Sociedad Mexicana de Demografía, [2000], 544 pp.
305.4 / G248m / 25195
- GARCÍA PICAZO, Paloma, *¿Qué es esa cosa llamada relaciones internacionales? Tres lecciones de autodeterminación y algunas consi-*

- deraciones indeterministas*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000, 243 pp., (Manuales Universitarios) 327 / G248q / 25052
- Glosario de términos básicos sobre derechos humanos*. [México], Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Universidad Iberoamericana, [2006], 151 pp.
C323.403 / G534 / 5124-25
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La intervención federal en la desaparición de poderes*. 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, 270 pp., (Serie G: Estudios Doctrinales; 67) 342.02972 / G614i / 7613
- GROPPI, Tania y Chiara Meoli, *Las grandes decisiones de la Corte Constitucional italiana*. [México], Suprema Corte de Justicia de la Nación, [2008], 337 pp.
342.02945 / G826g / 5160-61
- GUERRERO MUÑOZ, Joaquín, *La sociedad extrema. Debates sobre la violencia*. [Madrid], Tecnos, [2008], 194 pp.
303.62 / G892s / 25070
- GUTIÉRREZ ESPÍNDOLA, José Luis, *Educación: formación cívica y ética*. [México], Cal y Arena, [2007], 271 pp.
372.832 / G974e / 5932-33
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, 338 pp., (Filosofía y Derecho) 347.014 / H43o / 25051
- HERMOSO LARRAGOITI, Héctor Arturo, *La justicia de menores a la luz de los criterios del Poder Judicial de la Federación*. [México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009], xvi, 461 pp.
345.03 / H42j / 25099
- HESLA, Bret y Mary Kennedy, *Tenemos derechos humanos. Manual de derechos humanos para personas con discapacidades intelectuales*. [s.l., Universidad de Harvard, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008, 28 pp. : fot. 362.4 / H44t / 25118-20
- HIÑOJOSA MARTÍNEZ, Luis M., *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*. [Madrid], Tecnos, [2008], 239 pp.
303.62 / H56f / 25064
- HUESA VINAIXA, Rosario, coord., *Derechos humanos, responsabilidad internacional y seguridad colectiva: intersección de sistemas*. Madrid, Universidad de las Islas Baleares, Marcial Pons, 2008, 420 pp.
341.481 / H87d / 25035

JIMÉNEZ CANO, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*.

Madrid, Marcial Pons, 2008, 309 pp., (Filosofía y Derecho)

340.1 / J53u / 25054

KANT, Immanuel, *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, Mar-

cial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, 159 pp., (Clási-
cos del Pensamiento Jurídico)

340.1 / K19i / 25042

KAUFMANN, Arthur, *Derecho natural e historicidad. Derecho y moral*.

Madrid, Marcial Pons, 2000, 88 pp.

340.1 / K25d / 25034

KUKATHAS, Chandran, y Philip Pettit, *La teoría de la justicia de John
Rawls y sus críticos*. [Madrid], Tecnos, [2004], 248p.

340.11 / K92t / 25073

*Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función
judicial*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales,
2005, 217 pp., (Filosofía y derecho)

340.1 / L194 / 25046

LOGGIA, Silvia María y Araceli Fernández-Cerdeño, *Mujeres y hom-
bres frente a las instituciones de salud*. [México], El Colegio de
México, Programa Interdisciplinario de Estudios de la Mujer,
[2006], 138 pp., (Género, Cultura y Sociedad. Serie de Investi-
gación del PIEM; 2)

612.6 / L764m / 25185

LÓPEZ PINA, Antonio [e] Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, *Elementos de
derecho público*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y
Sociales, 2002, 186 pp., (Manuales Universitarios)

342.02 / L818e / 25036

LÓPEZ SALA, Ana María, *Inmigrantes y Estados: La respuesta política
ante la cuestión migratoria*. [Barcelona], Anthropos Editorial,
[2005], 238 pp., (Autores, Textos y Temas. Ciencias Sociales; 43)

325.1 / L818i / 25105

Manual de derecho constitucional. 2a. ed., Madrid, Marcial Pons,
Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, lix, 900 pp.

342.02 / M286 / 25048

MARAVALL, José María, *El control de los políticos*. [Madrid], Taurus,
[2003], 263p. : graf., tab., (Pensamiento)

320 / D312c / 25055

MARTÍN VALVERDE, Antonio, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y
Joaquín García Murcia, *Derecho del trabajo*. 17a. ed., [Madrid],
Tecnos, [2008], 988 pp.

344.01 / M358d / 25061

- MATE, Reyes, *Justicia de las víctimas. Terrorismo, memoria, reconciliación*. [Barcelona], Fundación Alternativas, Anthropos Editorial, [2008], 191 pp., (Huellas. Memoria y Texto de Creación; 31. Serie: Problemas: La Complejidad Negada)
303.62946 / M392j / 25106
- MECEIRA OCHOA, Luz, B. Raquel Alva Mendoza y Lucia Rayas Velasco, *Elementos para el análisis de los procesos de institucionalización de la perspectiva de género: una guía*. [México], El Colegio de México, Programa Interdisciplinario de Estudios de la Mujer, [2007], 218 pp., (Género, Cultura y Sociedad. Serie de Investigación del PIEM; 5)
305.49 / M124e / 25187
- MELGAR, Lucía, comp., *Mujeres y re-presentación en México: entre muchas plumas andan*. [México], El Colegio de México, Programa Interdisciplinario de Estudios de la Mujer, [2007], 111 pp., (Género, Cultura y Sociedad. Serie de Investigación del PIEM; 6)
305.4 / M496m / 25186
- , *Persistencia y cambio: acercamientos a la historia de las mujeres en México*. [México], El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, Programa Interdisciplinario de Estudios de la Mujer, [2008], 253 pp.
305.4 / M496p / 25191
- MENESES, Armando J., Iván Alonso Báez Díaz, María José Veramendi Villa y Roselia Bustillo Marín, comps., *Digesto de recomendaciones emitidas por los organismos de protección de los derechos humanos en México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla*. [México], Universidad Iberoamericana, 2009, 287 pp. : graf., Incluye disco compacto.
323.40972 / M542d / 5967-68
- MÉXICO. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, *Diagnóstico de derechos humanos del Distrito Federal*. México, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2008, 895 pp. : cuad.
323.4 / M582d / 5162
- L, *Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Un decenio de construcción y resultados 1999-2009*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 398 pp. : graf., fot.
323.40972 / M582c / 25093-95

- , *El cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales*. 2a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 164 pp., (Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas 'Globalización y Derechos Humanos'. Fascículo. 3) 323.46 / M582c / 25075-77
- , *El derecho al trabajo de las personas con discapacidad: el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la Readaptación Profesional y el Empleo (Personas Inválidas)*, 1983. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, [2009], 11 pp. en braille e impreso 025.1792 / M582d / 25019-21
- , *Derechos humanos de las niñas y los niños*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 26 pp. 323.4054 / M582d / 25121-23
- , *El siglo XX. Entre el respeto y la violación a los derechos humanos*. 2a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 63 pp., (Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas 'Globalización y Derechos Humanos'. Fascículo 1) 323.4 / M582s / 5145-47
- , *Instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos*. 2a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 52 pp., (Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas 'Globalización y Derechos Humanos'. Fascículo; 8) 364.67 / M582i / 25090-92
- , *La participación política de la mujer en México*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 287 pp. 305.4 / M582p / 25025-27
- , *Los derechos de las personas de la tercera edad*. 1a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 85 pp., (Prevención de la Violencia, Atención a Grupos Vulnerables y los Derechos Humanos. Fascículo; 3) 305.26 / M582p / 25078-80
- , *Los derechos de las personas detenidas*. 1a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 91 pp., (Prevención de la Violencia, Atención a Grupos Vulnerables y los Derechos Humanos. Fascículo; 7) 345.056 / M582d / 25087-89
- , *Los derechos de los migrantes*. 1a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 130 pp., (Prevención de la Violencia, Atención a Grupos Vulnerables y los Derechos Humanos. Fascículo; 5) 325.1 / M582d / 25084-86

- _____, *Los derechos de los pacientes*. 1a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 117 pp., (Prevención de la Violencia, Atención a Grupos Vulnerables y los Derechos Humanos. Fascículo; 4)
344.04 / M582d / 25081-83
- _____, *Los excluidos de la globalización*. 2a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 112 pp., (Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas 'Globalización y Derechos Humanos'. Fascículo 2)
305.4 / M582e / 5977-79
- _____, *Mecanismos de protección a los derechos humanos*. 2a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 164 pp., (Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas 'Globalización y Derechos Humanos'. Fascículo; 9)
323.4 / M582m / 7610-12
- _____, *Recomendación general número 2 sobre la práctica de las detenciones arbitrarias*. 2a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 20 pp.
350.91 / M582r / 7607-09
- _____, *Recomendación general número 4 derivada de las prácticas administrativas que constituyen violaciones a los derechos humanos de los miembros de las comunidades indígenas respecto de la obtención de consentimiento libre e informado para la adopción de métodos de planificación familiar*. 2a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 29 pp.
350.91 / M582r / 5974-76
- _____, *Recomendación general número 8 sobre el caso de la discriminación en las escuelas a menores portadores de VIH o que padecen Sida*. 2a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 36 pp.
350.91 / M582r / 7326-28
- _____, *Terrorismo y política internacional*. 2a. reimp., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2009, 59 pp., (Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas 'Globalización y Derechos Humanos'. Fascículo; 7)
303.62 / M582t / 7329-31
- MÉXICO. COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, *Acciones de gobierno para el desarrollo integral de los pueblos indígenas. Informe 2007*. [México], Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, [2008], 407 pp. : tab., graf.
305.801 / M582a / 2007 / 7315-16

MÉXICO. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Comentarios a la reforma constitucional en material penal*. [México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008], xxvi, 638 pp.

342.02 / M582c / 13753

———, *Comisión para el estudio de la reforma al Artículo 18 Constitucional en relación a la justicia para menores*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, 217 pp., (Cuadernos de Trabajo de la Primera Sala; 3)

345.03 / M582c / 7313-14

———, *Presentación del CD-ROM "Nuestros derechos". Capacitación en materia de derechos humanos*. México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, 1 Cassette

323.408 / CA/CNDH / 49 / 10447

———, *Estructura y atribuciones de los tribunales y salas constitucionales en Iberoamérica*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009, xii, 1162 pp.

347.01 / M582e / 25100

———, *La jerarquía de los tratados internacionales respecto de la legislación general, federal y local, conforme al Artículo 133 Constitucional*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, 274 pp., (Serie Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; 36)

341.37 / M582j / 996-97

———, *Manual del justiciable en materia de amparo*. [México], Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación, [2009], 296 pp.

342.085 / M582m / 25101

———, *Ministro Salvador Mondragón Guerra*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, xii, 202 pp. : fot., (Semblanzas. Vida y Obra de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; 21)

347.014 / M582m / 25097

———, *Prerrogativa a ejidatarios, comuneros y jornaleros del campo para portar arma de fuego sin licencia en zona urbana ejidal o comunal, cuando se trasladan de ésta u otro lugar a realizar sus actividades de trabajo o viceversa*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, 100 pp., (Serie Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; 39)

323.43 / M582r / 7307-08

- _____, *Olga Sánchez Cordero de García Villegas*. [México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008], x, 136 pp., (Conferencias de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; SC)
347.014 / M582o / 5126-27
- _____, *Sergio Salvador Aguirre Anguiano*. [México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008], x, 46 pp., (Conferencias de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; AA)
347.014 / M582s / 43-44
- _____, *El sistema de justicia penal en México: retos y perspectivas*. [México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008], xi, 749 pp.
345.03 / M582s / 5953-54
- Migraciones. Nuevas movilidades en un mundo en movimiento*. [Barcelona], Inmigraciones Euskal Behatokia Observatorio Vasco de Inmigración, Universidad del País Vasco, Gobierno Vasco, Departamento de Educación Universidades e Investigación, Anthropos Editorial, [2006], 286 pp., (Autores, Textos y Temas. Ciencias Sociales; 51)
325.1 / M612 / 25107
- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*. [Madrid], Tecnos, [2008], 267 pp., (Los Esenciales de la Filosofía)
323.44 / M626s / 25069
- MOLAS, Isidre, *Derecho constitucional*. 4a. ed., [Madrid], Tecnos, [2008], 358 pp.
342.02946 / M728d / 25059
- MOSCA, Gaetano, *Derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, 168 pp., (Politopías; 16)
342.02 / M888d / 25032
- NEGRO, Dalmacio, *Gobierno y Estado*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002, 91 pp., (Prudentia Iuris; 4)
320.1 / N36g / 25040
- Nueva historia mínima de México*. [México], El Colegio de México, [2008], 315 pp.
972 / N89 / 25202
- NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, *La buena muerte. El derecho a morir con dignidad*. [Madrid], Tecnos, [2006], 293 pp.
174.24 / N95b / 25058
- ODIMBA-ON'ETAMBALAKO-WETSHOKONDA, Jean Cadet, *Seguridad pública y derechos humanos*. México, Universidad Michoacana

- de San Nicolás de Hidalgo, Comisión Estatal de Derechos Humanos Michoacán, [2008], 155 pp.
341.481 / O26s / 5951-52
- ORTEGA ORTIZ, Reynaldo Yunuen, *Movilización y democracia: España y México*. [México], El Colegio de México, Centro de Estudios Internacionales, [2008], 297 pp. : cuad., graf., map.
321.4 / O71m / 25189
- PALOMAR OLMEDA, Alberto y Eduardo Gamero Casado, coords., *Comentarios a la Ley Contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte*. [Navarra], Fundación RFEF, Thomson, Aranzadi, [2008], 632 pp., (Colección Monografías Aranzadi; 499)
796.01 / P168c / 25112
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos, *Derecho del trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del derecho del trabajo en España (1873-1923)*. 6a. ed. Revisada, [Madrid], Tecnos, [2002], 177 pp.
344.01 / P168d / 25062
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. 7a. ed., [Madrid], Tecnos, [2008], 252 pp.
340.1 / P414t / 25074
- Pobreza, condiciones de vida y salud en la ciudad de México*. [México], El Colegio de México, Centro de Estudios Demográficos y de Desarrollo Urbano, [2002], 824 pp. : cuad., graf., fot.
362.5 / P654 / 25184
- POGGE, Thomas, *Hacer justicia a la humanidad. México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Fondo de Cultura Económica, [2009], 526 pp., (Sección de Obras de Filosofía)
323.4 / P668h / 25022-24
- QUERALTÓ, Ramón, *Ética, tecnología y valores en la sociedad global. El Caballo de Troya al revés*. [Madrid], Tecnos, [2003], 293 pp.
303.4 / Q1e / 25063
- Razón pública y éticas aplicadas. Los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista*. [Madrid], Tecnos, [2003], 218 pp., (Ventana Abierta)
170 / R268 / 25067
- Retos epistemológicos de las migraciones transnacionales*. [Barcelona], Anthropos Editorial, [2008], 382 pp., (Autores, Textos y Temas. Ciencias Sociales; 62)
325.1 / R448 / 25110

- RIDLEY, Matt, *Qué nos hace humanos*. [Madrid], Taurus, [2003], 363 pp., (Pensamiento)
573.2 / R538q / 25057
- RIVERA BEIRAS, Iñaki, coord., *Política criminal y sistema penal. Viajes y nuevas racionalidades punitivas*. [Barcelona], OSPDH, Anthropos Editorial, [2005], 449 pp., (Autores, Textos y Temas. Ciencias Sociales; 41)
345.46 / R624p / 25109
- ROJAS, Olga Lorena, *Paternidad y vida familiar en la ciudad de México. Un estudio del desempeño masculino en los procesos reproductivos y en la vida doméstica*. [México], El Colegio de México, Centro de Estudios Demográficos, Urbanos y Ambientales, [2008], 231 pp.
306.7 / R714p / 25196
- SAGER, Lawrence G., *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007, 226 pp., (Filosofía y Derecho)
342.02 / S158j / 25043
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*. 5a. ed., [Madrid], Tecnos, [2008], 336 pp.
350 / S336d / 25060
- La seguridad comprometida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*. [Madrid], Tecnos, [2008], 253 pp., (Colección de Ciencias Sociales. Serie de Ciencia Política)
341.58 / S586 / 25068
- SEMINARIO DERECHO Y MEDICINA (2007 AGOSTO-SEPTIEMBRE, CIUDAD DE MÉXICO), *Derecho y medicina. Intersecciones y convergencias en los albores del siglo XXI*. [México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Mexicana para la Salud, Academia Nacional de Medicina de México, 2008], 555 pp.
344.04 / S612d / 5129-30
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V., *Cuestiones actuales de derecho del trabajo*. [Navarra], Thomson, Aranzadi, [2008], 3 vols., (Colección Doctrina)
344.01 / S614c / 25113-15
- STERN, Claudio y Carlos Javier Echarri, coords., *Salud reproductiva y sociedad. Resultados de investigación*. [México], El Colegio de México, Programa Salud Reproductiva y Sociedad, Centro de Estudios Demográficos y de Desarrollo Urbano, Centro de Estudios Sociológicos, Programa Interdisciplinario de Estudios de la Mujer, [2000], 403 pp.
306.7 / S898s / 25197

- , *Sexualidad y salud reproductiva. Avances y retos para la investigación*. [México], El Colegio de México, Programa Salud Reproductiva y Sociedad, Centro de Estudios Demográficos y de Desarrollo Urbano, Centro de Estudios Sociológicos, Programa Interdisciplinario de Estudios de la Mujer, [2001], 420 pp.
306.7 / S898s / 25198
- , *El papel del trabajo materno en la salud infantil. Contribuciones al debate desde las ciencias sociales*. [México], El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, The Population Council, [1996], 419 pp. : cuad., graf.
331.4 / S898p / 25200
- SZASZ, Ivonne y Guadalupe Salas, coords., *Sexualidad, derechos humanos y ciudadanía. Diálogos sobre un proyecto en construcción*. [México], El Colegio de México, Centro de Estudios Demográficos, Urbanos y Ambientales, Programa Salud Reproductiva y Sociedad, [2008], 432 pp.
306.7 / S998s / 25203
- TABERNER GUASP, José, *Sociología y educación: el sistema educativo en sociedades modernas. Funciones, cambios y conflictos*. 4a. ed., [Madrid], Tecnos, [2008], 316 pp.
370.193 / T114s / 25071
- Teoría de la optimidad: estudios de sintaxis y fonología*. [México], El Colegio de México, Centro de Estudios Lingüísticos y Literarios, Laboratorios de Estudios Fonéticos, [2008], 213 pp. : tab., graf., (Cátedra Jaime Torres Bodet. Estudios de Lingüística; 5)
465 / T412 / 25192
- La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007, 478 pp.
345 / T412 / 25053
- TORRE VILLAR, Ernesto de la, *Estudios de historia jurídica*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, 431 pp., (Serie C. Estudios Históricos; 41)
340.1 / T694e / 5148
- UREÑA, Enrique M., *La teoría crítica de la sociedad de Habermas. La crisis de la sociedad industrializada*. 3a. ed., [Madrid], Tecnos, [2008], 218 pp.
301 / U64t / 25072
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms., *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos*

- jurídicos?* Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, 119 pp., (Prudentia Iuris; 7)
340.1 / V27f / 25038
- VÁZQUEZ, Josefina Zoraida, Dorothy Tanck de Estrada, Anne Staples y Francisco Arce Gurza, *Ensayos sobre historia de la educación en México*. 2a. ed., [México], El Colegio de México, Centro de Estudios Históricos, [1999], 187 pp.
370.972 / V37e / 25182
- VILAJOSANA, Josep M., *Identificación y justificación del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2007, 259 pp., (Filosofía y Derecho)
340.1 / V69i / 25041
- WOLDENBERG, José, *El cambio democrático y la educación cívica en México*. [México], Cal y Arena, [2007], 175 pp.
372.832 / W77c / 7960-61
- ZEMELMAN, Hugo, *El ángel de la historia: determinación y autonomía de la condición humana (Ideas para un programa de humanidades)*. [Barcelona], UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de San Buenaventura Cali, Instituto "Pensamiento y Cultura en América Latina" A. C., Anthropos Editorial, [2007], 271 pp., (Autores, Textos y Temas. Ciencias Sociales; 57)
120 / Z58a / 25102
- ZULETA, Hugo R., *Normas y justificación. Una investigación lógica*. Madrid, Marcial Pons, 2008, 151 pp., (Filosofía y Derecho)
340.11 / Z91n / 25049

Nuevas publicaciones

Agosto-octubre 2009

***Segundo Informe Especial sobre el Derecho
de Igualdad entre Mujeres y Hombres***

ISBN: 978-970-644-619-0

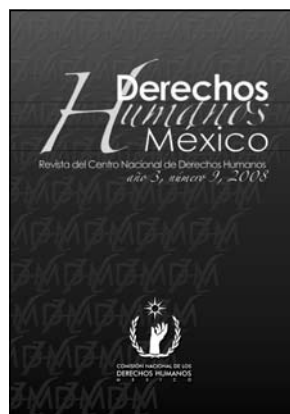
México, CNDH, 2009, 352 pp.



Derechos Humanos México, año 3, número 9

ISSN: 1870-5448

México, CNDH, 2009, 288 pp.

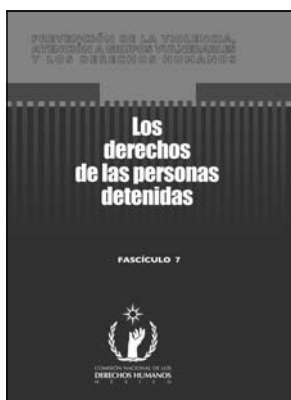




Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas “Globalización y Derechos Humanos”. Instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos (fascículo 8)

ISBN: 978-970-644-569-8

México, CNDH, 2009, 56 pp.



Prevención de la Violencia, Atención a Grupos Vulnerables y los Derechos Humanos. Los derechos de las personas detenidas. Fascículo 7

ISBN: 970-644-296-0

México, CNDH, 2009, 96 pp.



Prevención de la Violencia, Atención a Grupos Vulnerables y los Derechos Humanos. Los derechos de las personas de la tercera edad. Fascículo 3

ISBN: 970-644-292-8

México, CNDH, 2009, 88 pp.

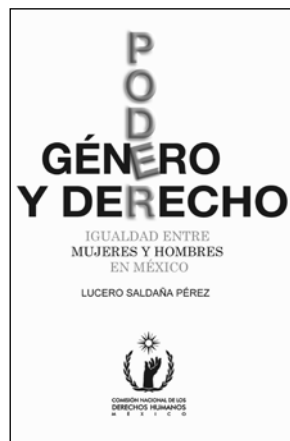
Ciclo de Conferencias y Mesas Redondas "Globalización y Derechos Humanos". El cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales (fascículo 3)

ISBN: 978-970-644-580-3
México, CNDH, 2009, 180 pp.



Poder, género y derecho. Igualdad entre mujeres y hombres en México

ISBN: 970-644-531-5
México, CNDH, 2009, 144 pp.



Prevención de la Violencia, Atención a Grupos Vulnerables y los Derechos Humanos. Los derechos de los migrantes. Fascículo 5

ISBN: 970-644-294-4
México, CNDH, 2009, 132 pp.





Prevención de la Violencia, Atención a Grupos Vulnerables y los Derechos Humanos. Los derechos de los pacientes. Fascículo 4

ISBN: 970-644-293-6
México, CNDH, 2009, 120 pp.



Manual de derechos humanos. Conceptos elementales y consejos prácticos

ISBN: 978-970-644-572-8
México, CNDH, 2009, 96 pp.

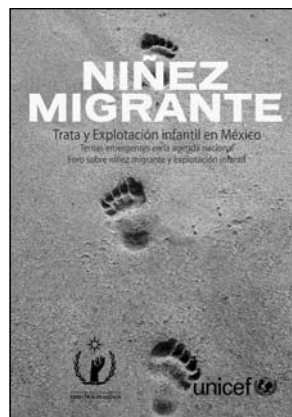


Transición Democrática y Protección a los Derechos Humanos. Fascículo 6. Migración

ISBN: 970-644-362-2
México, CNDH, 2009, 124 pp.

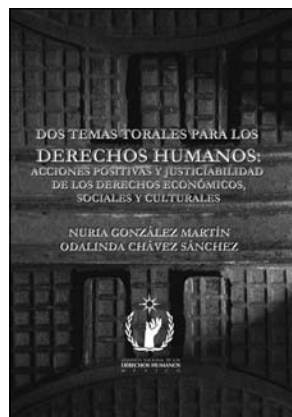
***Niñez migrante, trata y explotación infantil en México.
Temas emergentes en la Agenda Nacional***

ISBN: 978-970-644-621-3
México, CNDH, 2009, 144 pp.



***Dos temas torales para los derechos humanos: acciones
positivas y justiciabilidad de los derechos económicos,
sociales y culturales***

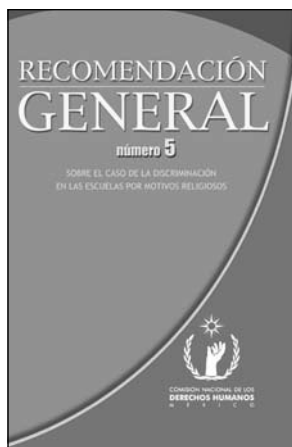
ISBN: 978-970-644-546-9
México, CNDH, 2009, 206 pp.



***Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Un decenio de
construcción y resultados 1999-2009***

ISBN: 978-970-644-628-2
México, CNDH, 2009, 408 pp.

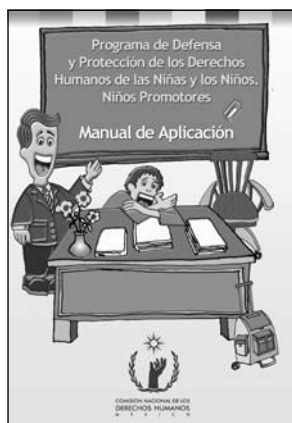




Recomendación General Número 5

ISBN: 970-644-307-X

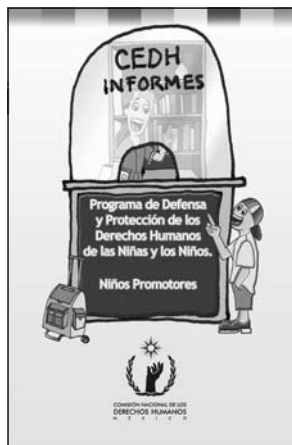
México, CNDH, 2009, 32 pp.



Programa de Defensa y Protección de los Derechos Humanos de las Niñas y los Niños. Niños Promotores. Manual de aplicación

ISBN: 970-644-498-X

México, CNDH, 2009, 16 pp.



Programa de Defensa y Protección de los Derechos Humanos de las Niñas y los Niños. Niños Promotores

ISBN: 970-644-499-8

México, CNDH, 2009, 16 pp.

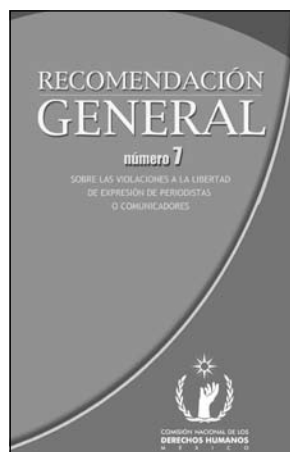
Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley

ISBN: 970-644-520-X
México, CNDH, 2009, 16 pp.



Recomendación General Número 7

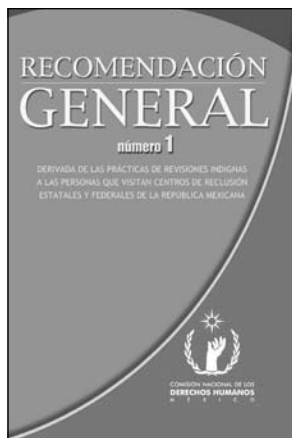
ISBN: 970-644-396-7
México, CNDH, 2009, 24 pp.



El pensamiento liberal de Benito Juárez en la historia de los derechos humanos

ISBN: 970-644-471-8
México, CNDH, 2009, 36 pp.





Recomendación General Número 1/2001, Derivada de las prácticas de revisiones indignas a las personas que visitan Centros de Reclusión Estatales y Federales de la República Mexicana

ISBN: 970-644-222-7

México, CNDH, 2009, 24 pp.



Programa de Defensa y Protección de los Derechos Humanos en la Adolescencia. Secundaria. Adolescentes Promotores. Programa y Manual de aplicación

ISBN: 970-644-527-7

México, CNDH, 2009, 32 pp.



Programa de Defensa y Protección de los Derechos Humanos de las Niñas y los Niños. Niños Promotores. 2a. Fase. Manual de aplicación

ISBN: 970-644-532-4

México, CNDH, 2009, pp.16

***Código de Conducta para Funcionarios Encargados
de Hacer Cumplir la Ley***

ISBN: 970-644-521-8

México, CNDH, 2009, 16 pp.



***Conjunto de Principios para la Protección de Todas
las Personas Sometidas a Cualquier Forma
de Detención o Prisión***

ISBN: 970-644-419-6

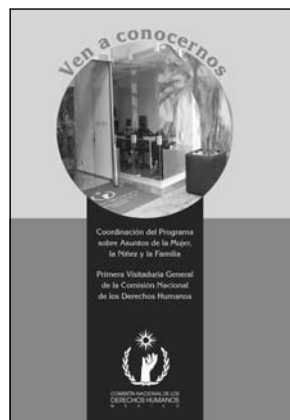
México, CNDH, 2009, 20 pp.

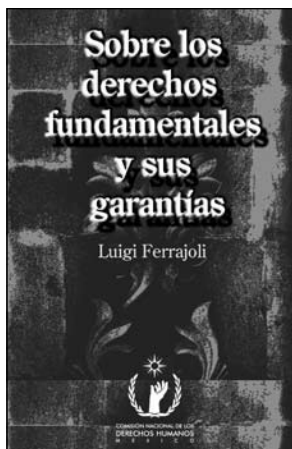


***Ven a conocernos. Coordinación del Programa
sobre Asuntos de la Mujer, la Niñez y la Familia***

ISBN: 978-970-644-586-5

México, CNDH, 2009, 24 pp.





Sobre los derechos fundamentales y sus garantías

ISBN: 978-970-644-553-7

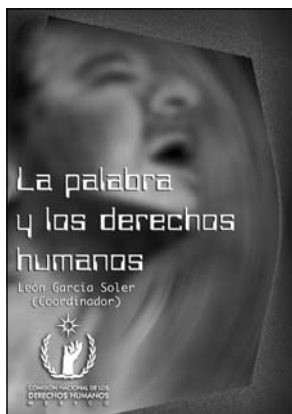
México, CNDH, 2009, 52 pp.



***Filosofía política y derechos humanos
en el México contemporáneo***

ISBN: 978-970-644-575-9

México, CNDH, 2009, 212 pp.



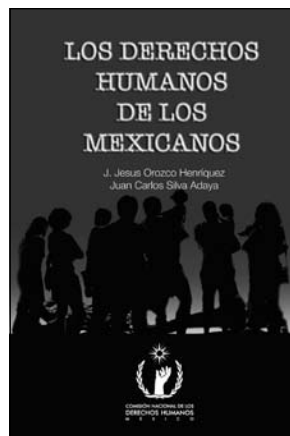
La palabra y los derechos humanos

ISBN: 970-644-375-4

México, CNDH, 2009, 220 pp.

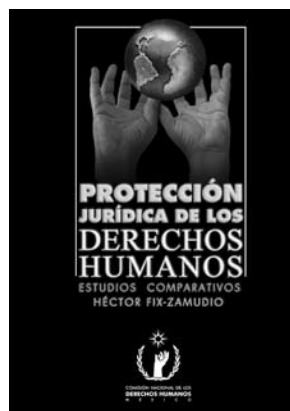
Los derechos humanos de los mexicanos

ISBN: 978-970-644-570-4
México, CNDH, 2009, 92 pp



***Protección Jurídica de los Derechos Humanos.
Estudios Comparativos***

ISBN: 970-644-170-0
México, CNDH, 2009, 656 pp.



***Bienvenidos al infierno del secuestro.
Testimonios de migrantes***

ISBN: 978-970-644-634-3
México, CNDH, 2009, 96 pp.





***La Comisión Nacional de los Derechos Humanos,
los homicidios y las desapariciones de mujeres
en Ciudad Juárez (1993-2009)***

ISBN: 978-970-644-633-6

México, CNDH, 2009, 516 pp



***Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales
en México. Un índice de cobertura por entidad federativa***

ISBN: 978-970-644-612-1

México, CNDH, 2009, 56 pp.



***Estatutos de la Federación Mexicana de Organismos
Públicos de Derechos Humanos y su Reglamento***

ISBN: 970-644-487-4

México, CNDH, 2009, 44 pp.

***VIH/Sida y derechos humanos en México:
el caso de los militares***
ISBN: 978-970-644-626-8
México, CNDH, 2009, 28 pp.



Derechos Humanos México, editada por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en octubre de 2009 en los talleres de IMPRENTA JUVENTUD, S. A. de C. V., Antonio Valeriano núm. 305-A, col. Liberación, C. P. 02910, México, D. F. El tiraje consta de 1,000 ejemplares.

