

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune**

Pedro Salazar Ugarte**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Desprotección de derechos y democracia aparente. 3. Premisas y garantías de los derechos. 4. Los derechos y la cultura de los jueces. 5. La cultura y la moral de los derechos. 6. La justicia como terreno de batalla de los derechos. 7. La reforma de derechos humanos en México. 8. La disputa por los derechos en México. 9. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en el debate. 10. Epílogo.

1. INTRODUCCIÓN

El ideal de un *Ius Commune* en materia de derechos humanos, en principio regional —europeo, africano o latinoamericano—, pero tendencialmente universal, tiene asideros teóricos sólidos en el pensamiento liberal ilustrado. Baste con pensar que uno de los postulados torales del liberalismo —el liberalismo político sustentado en las premisas filosóficas del liberalismo igualitario— es

* Este trabajo se publicó en el libro *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, de Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho internacional Público-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2010.

** Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

que los derechos humanos o fundamentales son universales. Ese atributo no supone ignorar que los titulares de los mismos se encuentran ubicados en contextos sociales, geográficos y culturales concretos, pero sí implica afirmar que, independientemente de ello, en cuanto personas, comparten en condiciones de igualdad la titularidad de un conjunto de derechos fundamentales. Este postulado teórico se encuentra en la base del proyecto del *Ius Commune*, que vendría a ser su materialización jurídica. Pero, como ha sostenido Armin von Bogdandy, no se trata solamente de un proyecto jurídico, sino también de un proyecto político y cultural.¹

En el fondo de ese proyecto descansa una vinculación que Norberto Bobbio trazó con nitidez a lo largo de su obra: la democracia, los derechos humanos y la paz son tres etapas de un mismo movimiento histórico.² Desde esta perspectiva, la idea del *Ius Commune* en derechos humanos se inserta como garantía de un proceso hacia la convivencia democrática al interior y entre los Estados y, en esa medida, se orienta hacia la paz mundial. La conexión entre los tres conceptos —democracia, derechos y paz— tiene sustento teórico pero, sobre todo, una dimensión práctica. De hecho, para Bobbio, no solo se trataba de implicaciones conceptuales y de nexos lógicos, sino de una agenda política —todavía vigente y palpable en la idea del *Ius Constitutionale Commune*— dentro de la cual los tres elementos son interdependientes, ya que cada uno de ellos requiere de los otros para su plena realización. La conexión que me interesa en este ensayo es la que existe entre los dos primeros eslabones de la cadena: la democracia y los derechos.

La tesis que retomaré es sencilla y no es original, pero sí relevante: la democracia necesita de los derechos para consolidarse como una forma de gobierno sustentada por la autonomía política de las personas. Desde la perspectiva inversa, esta forma de gobierno constituye una garantía institucional para que la agenda de los derechos se mantenga vigente. Se trata, por un lado, de la

¹ Cfr. Bogdandy, A. von, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en González Pérez, L. R. y Valadés, D. (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, p. 44.

² Cfr., Bobbio, N., *El tercero ausente*, Madrid, Cátedra, 1997.

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

vieja idea —desarrollada, entre otros, por Michelangelo Bovero— de las precondiciones de la democracia: la garantía de algunos derechos sociales como condición de las libertades que, a su vez, ofrecen soporte a los derechos políticos. Y, en paralelo, por el otro, de la tesis según la cual la participación política de los ciudadanos constituye un instrumento para inhibir la concentración del poder e impedir los abusos en el ejercicio del mismo, lo que la convierte en una herramienta que ofrece garantía a los derechos. Al final, el círculo se cierra: los derechos son condición de la democracia y esta les ofrece protección.

Así las cosas, tenemos que todas las democracias son, necesariamente, constitucionales, porque el connubio entre el constitucionalismo de los derechos y la forma de gobierno democrática es lógicamente necesario y no meramente contingente. “Sin derechos garantizados no hay democracia posible”, sería la fórmula que recoge esta ecuación. Por ello, cuando las reglas de la democracia —los universales procedimentales bobbianos—,³ operan en contextos en los que los derechos no están garantizados,

³ Los “universales procedimentales”, según Norberto Bobbio, son: 1) todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad sin distinción de raza, religión, condición económica, sexo, etcétera, deben gozar de los derechos políticos, o sea, del derecho de manifestar a través del voto su opinión y de elegir a quien la exprese por ellos; 2) el sufragio de cada ciudadano debe tener un peso igual al de los demás —debe contar por uno—; 3) todos los ciudadanos que gocen de los derechos políticos deben ser libres de votar de acuerdo con su propia opinión formada libremente, es decir, en el contexto de una competencia *libre* entre grupos políticos organizados; 4) los ciudadanos deben ser libres también en el sentido de que han de ser puestos en condición de seleccionar entre opciones diferentes; 5) tanto para las decisiones colectivas como para las elecciones de representantes vale la regla de la mayoría numérica; 6) ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría —en particular el derecho de convertirse, en paridad de circunstancias, en mayoría—. Cfr. N. Bobbio, *Teoria Generale della Politica*, Turín, Einaudi, 1999, p. 381. En el mismo sentido, aunque con algunas diferencias más o menos relevantes, otros autores, como Giovanni Sartori o Robert Dahl, han enlistado las reglas e instituciones que, desde su perspectiva, caracterizan a la democracia moderna. Cfr. Sartori, G., *Partidos y sistemas de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1988; Dahl, R., *Los dilemas del pluralismo democrático, autonomía versus control*, México, Conaculta-Alianza Editorial, 1991.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

decimos que se trata de “democracias aparentes”.⁴ Al trasladar estos postulados a la dimensión internacional —y, en este caso, regional— tenemos que el *Ius Commune* de derechos humanos puede ser una garantía para la democracia —por ejemplo en la región latinoamericana— pero, al mismo tiempo, sabemos que la desprotección de los derechos al interior de los Estados debilita a la democracia en cada uno de ellos y, en esa medida, desfonda las condiciones que harían posible al *Ius Commune*.

Parece paradójico pero no lo es. Si se quiere avanzar hacia un *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano, que serviría como garantía de las democracias constitucionales en los países de la región, es necesario, en paralelo, garantizar los derechos fundamentales de las personas en cada uno de los Estados nacionales. Esto es así, porque si los derechos no están garantizados, las democracias nacionales se desfondan y la idea de un *Ius Constitutionale et Democratico Commune* se torna irrealizable. Por eso, para que este proyecto sea posible, resulta fundamental garantizar a los derechos *desde abajo* en cada uno de los Estados. Solo así es posible consolidar a la forma de gobierno democrática que, a su vez, constituye una precondition para que las alianzas regionales basadas en el ideal kantiano de la *Paz Perpetua* —que amalgama una agenda de libertades con el ideal de la autonomía de las personas— sea siquiera imaginable.

2. DESPROTECCIÓN DE DERECHOS Y DEMOCRACIA APARENTE

Los riesgos que enfrentan las democracias de nuestros días en buena medida provienen desde la desprotección de los derechos —humanos o fundamentales—⁵ que les ofrecen sustento. Esa fal-

⁴ Se trata de otra expresión acuñada por Bovero.

⁵ El tema de la terminología de los derechos es teóricamente interesante pero, en la práctica, ha sido superado por la dinámica de los ordenamientos jurídicos comparados. Desde mi perspectiva, el concepto de derechos fundamentales es el que mejor adhiere al constitucionalismo contemporáneo, pero múltiples constituciones e instrumentos internacionales han adoptado el de los derechos humanos.

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

ta de garantía no se traduce inmediata y necesariamente en una violación activa de los derechos por parte del poder público, sino que en múltiples circunstancias, se materializa mediante omisiones estatales que generan contextos en los que los derechos son vulnerados por otros actores. Por lo mismo, es posible afirmar que pueden existir *situaciones de desprotección* de los derechos humanos que no coinciden con su violación directa.

Esto es así porque, con frecuencia, los Estados suelen reconocer un amplio catálogo de derechos humanos o fundamentales en sus constituciones —o documentos normativos equivalentes—, pero ello no implica que las leyes secundarias y, sobre todo, las políticas públicas estén orientadas a brindar garantías efectivas a los mismos. Así las cosas, aunque se encuentren constitucionalmente reconocidos, los derechos pueden encontrarse políticamente desprotegidos. En ese supuesto —que es muy común en los países de la región latinoamericana— nos encontramos, como sostiene Riccardo Guastini, ante “derechos de papel”.

Esta situación provoca que la situación de “apariencia” trascienda a la democracia y alcance al constitucionalismo de los derechos. Existen Estados que son *aparentemente* democrático-constitucionales porque, si bien las instituciones de este modelo de organización político estatal se encuentran formalmente vigentes, operan en contextos marcados por la desigualdad, la discriminación, la arbitrariedad, la opresión, etc. Si pensamos en los países de América Latina, encontraremos múltiples casos de esta simulación. De hecho, hace algunos años el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) advertía que los Estados latinoamericanos tendrían que sortear un desafío inédito de cara al siglo *xxi*, que consistía en conjugar su democratización con la desigualdad y la pobreza que los caracteriza. A ello habría que agregarle la consolidación de una cultura clientelar y del privilegio. Hoy sabemos que el reto no ha sido sorteado de forma promisorio —al menos no en la mayoría de los países— por lo que, cuando imaginamos el proyecto ideal del *Ius Constitutionale Commune*, debemos tener como marco de referencia esta realidad.

Pero también es cierto que, al menos desde los años noventa del siglo *xx*, casi todos los países latinoamericanos adoptaron constituciones democráticas que recogen múltiples derechos

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

humanos. Con la excepción de Cuba, en la región se plasmaron las instituciones democráticas —competencia, partidos y elecciones— en documentos constitucionales que también reconocen amplios catálogos de derechos. Algunos países siguieron el modelo democrático constitucional europeo de la posguerra —como en el caso de Colombia y México—, otros adoptaron diseños constitucionales originales con rasgos autóctonos que han dado lugar al llamado “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” —Venezuela, Bolivia y Ecuador, fundamentalmente— y unos más asumieron diseños intermedios —como Brasil o Argentina—, pero lo cierto es que todos colocaron a los derechos humanos o fundamentales como eje de su proyecto institucional.

Desde una perspectiva institucional se trata sin duda de una buena noticia —que, de hecho, ofrece sustento al proto-*Ius Constitutionale Commune* que ya existe en la región y que tiene su expresión institucional en el Sistema Interamericano—, pero, en los hechos, la región sigue siendo tierra de privilegios y feudo de clientelas. La ola del constitucionalismo democrático llegó a las normas, pero no ha impactado en la realidad. Por diferentes razones y mediante procesos que no es posible conjuntar sin incurrir en simplificaciones inadmisibles, en general, en América Latina los derechos sirven como moneda de cambio en las transacciones políticas, como fórmulas discursivas utilizadas retóricamente desde el poder y como promesas institucionalizadas que, al no materializarse, van perdiendo legitimidad o mutan de significado. Por ello, lo que predomina en la región son los presidencialismos fuertes y la retórica de los derechos. De ahí que las democracias sean frágiles y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentre permanentemente amenazado.

Esta contradicción estructural entre los diseños institucionales y las realidades políticas y sociales de los países latinoamericanos es el principal obstáculo para lograr los objetivos que encauzan a la idea del *Ius Commune* latinoamericano: “avanzar en el respeto de los principios de los derechos humanos, del Estado de derecho, y de la democracia”⁶ en nuestra región. En lo que sigue de este ensayo ofrezco algunas reflexiones sobre algunos de

⁶ Bogdandy, *op. cit.*, nota 1, p. 49.

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

los obstáculos culturales que enfrenta el primero de estos objetivos, sobre todo en el contexto del México actual. La premisa eje de mis reflexiones es que, en el gremio jurídico mexicano —en particular en el ámbito jurisdiccional—, está abierta una disputa por los derechos que es política y cultural al mismo tiempo, y de cuyos derroteros depende, en buena medida, la consolidación de la democracia mexicana y su contribución a la edificación del derecho común en América Latina.

3. PREMISAS Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS

Para eludir la retórica de los derechos, cuando hablamos de los mismos y de sus garantías, es útil recuperar algunas premisas que ofrece la teoría jurídica. Sintetizo algunas de las más relevantes relacionadas, primero, con el concepto: *a)* una cosa es “el derecho” (*the law*) y otra “un derecho subjetivo” (*a right*);⁷ *b)* los derechos subjetivos adquieren su significado en el ámbito del *derecho*; *c)* no todos los derechos subjetivos son “derechos fundamentales”; *d)* pero todos los derechos fundamentales son derechos subjetivos; *e)* los derechos fundamentales y los “derechos humanos” son equivalentes; *f)* los derechos subjetivos son expectativas —a recibir prestaciones o a que no se nos causen lesiones—; *g)* dichas expectativas, para ser derechos subjetivos, deben estar jurídicamente sustentadas; *h)* los derechos fundamentales suelen estar en las constituciones pero también pueden encontrarse en otros documentos —por ejemplo en un tratado internacional o en una ley secundaria—.

Si pensamos ahora en las garantías, el elenco continúa con las siguientes premisas: *i)* la garantía de un derecho es la obligación que el ordenamiento impone a un sujeto determinado; *j)* esa obligación es el contenido del derecho; *k)* el sujeto obligado puede ser el Estado o un sujeto particular; *l)* en el caso de los derechos fundamentales, el sujeto obligado suele ser —aunque no necesariamente es— el Estado; *m)* existen derechos sin garantías —lo que se traduce en una obligación para el legislador que debe crearlas—;⁸

⁷ Cfr. Guastini, R., *Distinguendo*, Turín, Giappichelli, 1996.

⁸ Esta tesis, al igual que la mayoría de las premisas expuestas, proviene de la teoría garantista de Luigi Ferrajoli sobre los derechos fundamentales. Cfr.,

n) los derechos pueden entrar en colisión con otros derechos o con otros principios relevantes del ordenamiento; o) cuando esto sucede, es necesario echar mano de técnicas de interpretación y de argumentación jurídicas; p) los sujetos obligados en ocasiones incumplen su obligación; q) la labor de interpretar y velar por el cumplimiento de los derechos corresponde a los órganos garantes; r) estos órganos constituyen las “garantías secundarias” de los derechos y vigilan a los sujetos obligados; s) los jueces son los órganos garantes en última instancia.

Podría objetarse que se trata de una construcción teórica proveniente del ámbito jurídico y que, en esa medida, simplifica las cosas ignorando que los derechos son constructos sociales con implicaciones políticas y económicas. Sin embargo, si se observa con atención, el sentido de esas premisas trasciende al ámbito del derecho e incide en esas otras dimensiones. Al sostener que los derechos se encuentran recogidos en normas, que son obligaciones para el Estado, que requieren de garantías institucionales, etc., se evoca su carácter multidimensional. Esta es una conclusión ineludible, porque, para convertirse en realidades, los derechos, demandan acciones complejas que incluso trascienden al Estado e involucran a la sociedad.

En lo que sigue argumentaré que la cultura en general y, en particular, la cultura de los juristas, es un factor relevante en este terreno. Subrayaré, sobre todo, el papel que tiene el poder judicial como garante institucional último de los derechos humanos o fundamentales y la importancia de que sus integrantes asuman un compromiso jurídico, pero también ideológico con los mismos.

4. LOS DERECHOS Y LA CULTURA DE LOS JUECES

No pienso que los jueces por sí solos puedan ofrecer garantías plenas a los derechos ni creo que estos demanden únicamente una protección jurídica o jurisdiccional. Ya he afirmado que los derechos, como fenómenos complejos, requieren de garantías

Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007. Existe una traducción al castellano (Madrid, Trotta, 2010).

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

políticas, económicas e incluso sociales. Necesitan, además, de un contexto cultural que les ofrezca sustento. Sin embargo, también es cierto que la función judicial es clave en los Estados constitucionales para superar conflictos de manera pacífica y para procesar los reclamos de manera institucional. Los jueces, además de dirimir conflictos, son los responsables de garantizar en última instancia que los derechos de las personas sean respetados. Si fallan en la realización de esta función, el entramado institucional en su conjunto comienza a perder legitimidad. En esa medida, los jueces, al ser la garantía última de los derechos, también son garantes del sistema democrático constitucional en su conjunto.

Por eso es tan relevante el tema de la independencia judicial. Un atributo que debe distinguir a todos los jueces ante todos los poderes. A los juzgadores les corresponde colocarse del lado de los derechos y oponer las normas constitucionales a los poderes públicos y privados que, en su tendencia a la concentración y a la extralimitación jurídica, tienden a vulnerarlos. Esa misión es estratégica porque, como sostenía MacIlwain, “la única institución esencial para defender el derecho siempre ha sido y todavía es un poder judicial honesto, hábil, preparado e independiente”.⁹ Al realizar esta tarea, de hecho, los jueces operan desde el derecho, pero realizan una actividad que conlleva una dimensión política. Esto es inevitable, dadas las características de los ordenamientos constitucionales contemporáneos y el papel que les toca a los jueces como garantes de los mismos. El propio Hans Kelsen, en su *Teoría pura del derecho*, advertía esta politización ineludible de la justicia:

La pregunta de cuál sea la posibilidad “correcta” en el marco del derecho aplicable —decía Kelsen—, no es ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórico-jurídica, sino que es un problema político. La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, en lo esencial, la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta.¹⁰

⁹ MacIlwain, Ch. H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Nueva York, Cornell University Press, 1947.

¹⁰ Kelsen, H., *La Teoría Pura del Derecho*, México, UNAM, 1982, p. 353.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Detrás de esta advertencia se encuentra la premisa bobbiana de que el poder y el derecho son las dos caras de una misma moneda. Cuando se trata de la labor jurisdiccional, esta implicación recíproca emerge con claridad. Ello, en particular, cuando las decisiones de los jueces —en particular de los llamados jueces constitucionales— tienen que ver con la garantía de los derechos humanos o fundamentales. Al buscar la mejor solución para un dilema jurídico que involucra derechos, los jueces, tienen que optar entre soluciones posibles alternativas y, al decidir, además, deben tener presente que provocarán consecuencias que trascienden al ámbito estrictamente jurídico, porque tendrán implicaciones políticas, económicas, sociales. Por eso es importante garantizar que los juzgadores, además de ser técnicamente diestros en cuestiones legales, tengan un bagaje cultural comprometido con la agenda de los derechos y de la democracia.

La ignorancia, la negligencia o la oposición ideológica de algunos jueces hacia la agenda de los derechos humanos representa un riesgo para la democracia. Y, en esa medida, si nos colocamos desde el mirador regional, esas actitudes también constituyen un obstáculo para el proyecto del *Ius Constitutionale Commune*.

5. LA CULTURA Y LA MORAL DE LOS DERECHOS

La ignorancia de lo que son los derechos y de cuál es su importancia, en contubernio con la oposición ideológica abierta hacia estos por parte de actores sociales relevantes —líderes de opinión, intelectuales, juristas—, son factores que desfondan a las democracias constitucionales. Se trata de enemigos silenciosos de la agenda de los derechos y de sus garantías que —como bien nos enseña la historia reciente y presente de nuestro continente—¹¹ generan contextos proclives a las regresiones autoritarias. Por eso, cuando hablamos de los derechos humanos, es importante tomar en consideración también los factores culturales que definen las coordenadas axiológicas dominantes. No perdamos

¹¹ A mi juicio, el mejor ejemplo de esta situación es el caso venezolano, desde el “chavismo” hasta el “madurismo”.

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

de vista que las sociedades políticas tienen una moral positiva que interactúa con la moral individual de los miembros que las componen.¹²

Ambos tipos de moral —positiva e individual— son contingentes y están históricamente determinadas, por lo que inciden una sobre la otra y se redefinen de manera recíproca y simultánea. Si los principios y valores concretos que dotan de contenido a los derechos humanos —autonomía, dignidad, libertad, igualdad, básicamente—, forman parte de la moral positiva de la sociedad, es muy probable que también formen parte del acervo axiológico de muchas personas y lo mismo vale en la dirección opuesta: si las personas hacen suya y promueven la agenda de los derechos, seguramente, esta se afirmará como un punto de referencia moral compartido. Pero lo contrario también es posible y, por desgracia, frecuente. La ignorancia o el abierto desprecio hacia los principios y valores que se articulan en clave de derechos suelen colonizar —devaluándola— la moral positiva de muchas sociedades y en ese proceso inciden y se refuerzan las morales individuales.

En el difícil proceso de construcción de una cultura de los derechos resulta fundamental la socialización y difusión de las razones que dotan de sustento y sentido a los derechos humanos y, en paralelo, es necesario combatir, con la ayuda de la historia y la fuerza de los argumentos, a los detractores y enemigos de los mismos. En esa gesta intelectual y política se disputa en buena medida la disyuntiva que separa a la democracia de las múltiples opciones autocráticas. O, en otros términos pero con igual sentido, está en juego la afirmación de la libertad frente al autoritarismo.

Los jueces, al menos desde la perspectiva institucional, son actores estelares en el destino de este proceso. Ello, en particular, en los Estados que han delegado en sus manos la función última de garantía de los derechos humanos. Las sentencias —sobre todo de los jueces constitucionales—, además de resolver litigios

¹² Sobre este tema, cfr., Pozzolo, S., “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 187-210.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

concretos, tienen una función pedagógica que incide en la moral positiva de un tiempo histórico determinado. Esto vale en el ámbito nacional, pero también —como demuestra la historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— en el nivel internacional. Una sentencia garantista puede detonar transformaciones insospechadas a favor de los derechos y una decisión equivocada puede ser demoledora para su agenda.

Por lo mismo, el bagaje cultural de los jueces es tan relevante. Después de todo, así como la politización de la justicia es ineludible, los jueces constitucionales deciden echando mano también de sus convicciones personales. Esta es una tesis desarrollada por distintas aproximaciones teóricas al fenómeno jurídico —destacadamente el realismo, pero también desde otros enfoques que abrevan de las ciencias sociales— que no puede ignorarse, mucho menos en contextos normativos como los que caracterizan a las democracias constitucionales, en las que los derechos están recogidos a través de principios abstractos susceptibles de múltiples interpretaciones —igualdad, dignidad, libertad, autonomía, etcétera—. Esto supone que los jueces, al momento de resolver los casos concretos, cuentan con un margen de apreciación que conlleva una cuota de discrecionalidad inevitable. Por lo mismo, al momento de emitir una sentencia, la moral individual de los juzgadores tendrá un peso relevante, sobre todo si la decisión versa sobre cuestiones controvertidas.

Por ejemplo, la distancia que separa a la sentencia *Dred Scott* vs. *Sandford*¹³ —probablemente la más lamentable decisión de la

¹³ El protagonista de este caso, Dred Scott, era un esclavo que —después de un largo proceso judicial— elevó a la Suprema Corte de los Estados Unidos dos peticiones fundamentales: su libertad y el reconocimiento de su calidad de ciudadano de ese país. El 6 de marzo de 1856 se hizo pública la sentencia de la Corte que, por amplia mayoría y siguiendo la línea argumentativa planteada por su presidente, el *justice* Taney, concluyó, básicamente, que: a) las personas de color, aunque fueran libres, no podían ni podrían obtener la ciudadanía estadounidense; b) Scott debía seguir siendo esclavo, aunque hubiese vivido temporalmente en un estado que había abolido la esclavitud (Illinois); c) su situación jurídica dependía de la legislación del estado en el que entonces vivía (Missouri). Algunos estudiosos han considerado que esta decisión fue uno de los muchos factores que propiciaron la Guerra Civil. Cfr., Beltrán de Felipe, M., J. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, 2005.

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

Corte norteamericana en más de un siglo— de la sentencia *Brown vs. Board of Education*,¹⁴ encapsula el paso de una sociedad esclavista a una sociedad dispuesta a dar la batalla en contra de la discriminación racial. En América Latina sucede algo similar, por ejemplo, cuando pensamos en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos vs. Chile)*¹⁵ y ubicamos la decisión en el cambio de paradigma constitucional que acompañó al paso de las dictaduras hacia las democracias electorales en la región. Esa y otras decisiones de esta instancia jurisdiccional regional son las que alientan y proyectan a la idea del *Ius Constitutionale Commune* que orienta nuestras reflexiones. Mediante esta clase de decisiones se activa una transformación de la moral positiva dominante.

En México se detonó una disputa cultural alrededor del derecho y de los derechos —a la que me referiré más adelante— en buena medida a partir de una decisión de la Corte Interamericana. Me refiero a la sentencia del caso *Rosendo Radilla vs. México*¹⁶

¹⁴ Se trata de una de las sentencias más conocidas y celebradas de las emitidas por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el siglo xx. Linda Brown era una niña negra que tenía que caminar varios kilómetros para llegar a la escuela, a pesar de que existía un colegio a pocas cuadras de su casa. El problema era que este último era un colegio para niños blancos. Su caso, entre otros similares —que quedaría simbólicamente representados por el caso *Brown*— llegó a la Corte en 1954 y provocó una decisión histórica que terminó con la segregación racial en las escuelas americanas. Gracias a este asunto, la “Corte Warren” superó el paradigma “iguales pero separados” dominante hasta entonces y lo sustituyó por un paradigma verdaderamente igualitario.

¹⁵ La sentencia de la Corte Interamericana conocida como “*La Última Tentación de Cristo*” es relevante por varias razones. En primer lugar, porque versa sobre un caso de censura y libertad de expresión, y que las autoridades chilenas —el Consejo de Calificación Cinematográfica, primero y el Poder Judicial después— habían prohibido, en 1988, la difusión de la película de ese nombre. En segundo lugar, porque se trató de un caso acaecido al cabo de la dictadura de Augusto Pinochet y, por lo mismo, en pleno proceso de transición democrática en Chile. Finalmente, porque la Corte IDH, en 1997, condenó al Estado chileno, entre otras medidas, a modificar su legislación —reformando su Constitución y las leyes correspondientes— para garantizar la libertad de pensamiento y de expresión en el país.

¹⁶ La sentencia al caso *Rosendo Radilla vs. México* fue la primera resolución condenatoria al Estado mexicano emitida por la Corte Interamericana de

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

y a su aterrizaje nacional, primero mediante el expediente Varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁷ y, después, a través de otras decisiones orientadas a definir el lugar de los derechos humanos de fuente internacional en el ordenamiento jurídico mexicano, así como los alcances de las resoluciones de la Corte Interamericana en el ámbito nacional.¹⁸

Esa disputa tiene que ver directamente con el tema del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano, porque se refiere al alcance que deben tener las normas, discusiones y decisiones de las instancias regionales —en particular de la Corte Interamericana— en el ordenamiento jurídico y, a través de este, en las dinámicas políticas y sociales en México. Para algunos, las decisiones de la Corte Interamericana, aunadas a los cambios constitucionales nacionales en materia de derechos humanos, representan todo un cambio de paradigma que va desde el nacionalismo soberano de los poderes hacia el universalismo garantista de los derechos, es decir, que camina en la dirección que haría posible el ideal del *Ius Commune*. Pero para otros, en cambio, se trata de decisiones anodinas que aportan muy poco o, de plano, de sentencias peli-

Derechos Humanos. Al comprobar la desaparición forzada del señor Radilla, un militante político de izquierda en los años setenta del siglo xx, por el Ejército mexicano, los jueces de la Corte IDH ordenaron, entre otras medidas, reformar la legislación vigente para terminar con el fuero militar, buscar el cuerpo del señor Radilla, indemnizar a sus familiares, realizar un acto de reconocimiento y disculpa público. El caso también fue relevante, porque sentó las bases para que los jueces mexicanos llevaran a cabo el llamado “control de convencionalidad” y ajustaran sus interpretaciones a las emitidas por la propia Corte IDH.

¹⁷ Se trata del posicionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación frente a la sentencia de la Corte IDH al caso *Radilla*. Después de intensas discusiones entre sus integrantes —aun no solventadas del todo—, una mayoría de ministros determinó que las resoluciones de esa Corte internacional son vinculatorias para todos los poderes en México y que los jueces nacionales sí están obligados a llevar a cabo un “control de convencionalidad” a partir de la Convención Americana y las interpretaciones que hace de la misma la Corte IDH.

¹⁸ He reconstruido el debate sobre estos temas entre los ministros de la SCJN en los siguientes textos, disponibles en <<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3021>, <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3043>, <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3090>

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

grosas que amenazan a la soberanía nacional y, en esa medida, al *Ius Nationale* que es el único que les interesa defender.¹⁹ Ahí reside la disputa por los derechos.

6. LA JUSTICIA COMO TERRENO DE BATALLA DE LOS DERECHOS

Es un hecho sabido que a los derechos humanos los amenazan y los vulneran los poderes. Tradicionalmente el Estado —dentro del que se cuenta y se encuentra al propio poder judicial— que durante siglos ha sido la entidad causante de torturas, censuras, discriminaciones, desapariciones, etc. Pero también, como la teoría contemporánea ha venido afirmando, las organizaciones privadas poderosas, esos poderes que Ferrajoli llama *poderes salvajes* y que suelen crecer de la mano del dinero y del control ideológico o mediático. Por legales o ilegales que sean, todos los poderes, al menos en potencia, constituyen una amenaza para los derechos de millones de personas en todo el mundo. Esto se comprende con mayor facilidad si recordamos que el trabajo, la alimentación, la vivienda, la educación, el medio ambiente sano, entre otros, también son derechos humanos. Porque no solo se trata de evitar violaciones a las libertades o a la integridad personal por parte del Estado o de otros actores con capacidad de violar derechos humanos o fundamentales, sino también de crear normas e instituciones que salvaguarden a los derechos sociales.

De hecho, las constituciones contemporáneas previenen que es una obligación de todos los poderes del Estado promover, res-

¹⁹ Creo que esa es la postura de la ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Margarita Luna Ramos, quien sostuvo que la afirmación de que en México existe un “bloque de constitucionalidad” —que incluye a los derechos humanos constitucionales y convencionales— es un acto de “traición a la patria”. Esta afirmación la realizó en la ciudad de Morelia, Michoacán durante una conferencia el 9 de agosto de 2013. Algunas notas periodísticas y comentarios sobre sus dichos pueden consultarse en <<http://www.quadratin.com.mx/principal/Traicion-a-la-patria-comparar-tratados-internacionales-con-Constitucion/>> o en <<http://m.eluniversal.com.mx/notas/articulistas/2013/08/66155.html>>

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

petar, proteger y garantizar todos los derechos. Se trata de un reto mayúsculo que coloca a los Estados democráticos en una situación difícil pero ineludible si pretenden consolidar esa forma de gobierno. Por un lado, los Estados deben diseñar instituciones e implementar políticas que inhiban las violaciones a los derechos que provienen del propio poder estatal y, por el otro, deben impedir las violaciones provocadas por los poderes privados.²⁰ Solo así se logra evitar que los ciudadanos se conviertan en súbditos y las personas en clientes. También en este terreno emerge una disputa cultural, porque la “cultura de los derechos” es la opuesta a la “cultura del poder”.

Para lograr que impere la primera es fundamental, como sabemos, garantizar la independencia judicial. Sin embargo, en nuestros países se encuentra permanentemente amenazada. Tanto en los países que han adoptado al llamado “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” como en las naciones en la que se transitó desde las dictaduras a través de modelos democráticos constitucionales tradicionales, la justicia se ha convertido en un terreno de batalla.²¹ El asalto contra su independencia se ha orquestado de diferentes maneras. En algunos países esta operación se ha construido desde la Constitución —por ejemplo, contemplando la elección directa de los jueces constitucionales— y, en otros, a través de acciones políticas —por ejemplo, reduciendo o ampliando el número de integrantes de las cortes para favorecer los intereses del gobierno en turno—. De esta forma, por una u otra ruta, en los hechos la independencia judicial se ha venido neutralizando.

Ciertamente, esta tendencia no es igual en todos los países de la región, porque existen casos, como el de Colombia, en donde existe un Tribunal Constitucional que se ha convertido en un punto de referencia internacional,²² pero la tentación de la poli-

²⁰ He desarrollado algunas de estas tesis en Salazar P., *Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013, en particular en los caps. I y II.

²¹ Me permito remitir a una crónica de viaje en la que narro mi experiencia en Venezuela, en los tiempos de Hugo Chávez: <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=73044>

²² Si bien existe alguna polémica en torno a los alcances que los jueces de ese país le han dado a la garantía de algunos derechos sociales, se trata de un Tribunal Constitucional independiente y técnicamente muy sólido.

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

tización de la justicia —y, mediante la misma, de su neutralización—, está latente en la región. En Argentina, por ejemplo, en junio de 2013, la Corte Suprema declaró inconstitucional una ley impulsada por el gobierno para elegir democráticamente a los miembros del Consejo de la Magistratura. La respuesta desde el poder ejecutivo a la decisión de la Corte fue virulenta. La presidenta Cristina Fernández afirmó lo siguiente:

Es tan maravilloso creer que la voluntad popular está por encima de cualquier otro poder, que me cuesta que en este siglo XXI, en este tercer centenario de la República, estén impidiendo a los argentinos votar.

Cualquiera tiene derecho a preguntarse si hubo malos gobiernos. Podemos decirlo eso en tiempos donde los argentinos no teníamos el derecho a votar y nos imponían el yugo de las dictaduras. Pero los argentinos podemos votar y elegir libremente, al menos dos de nuestros poderes, el poder ejecutivo y el poder legislativo.²³

Semanas más tarde, al celebrar el día de la Independencia —el 9 de julio—, remató su posicionamiento mostrando la tesis de la supuesta —¿o real?— dependencia de la justicia al poder económico:

Ya democratizamos al ejecutivo y al legislativo (...). Nos falta la otra reforma, la que queremos hacer, la de la Justicia (...) Que nadie me venga a hablar de seguridad si antes no me habla de reformar la justicia.

Que la justicia no dependa de plata que le ponen (...) No se puede tener independencia de los intereses de la Nación y del pueblo.

Estas y otras declaraciones —que trazan una estrategia y encierran un proyecto ya implementado en los países como Venezuela y Ecuador—, fueron acompañadas de fuertes críticas y amenazas veladas a los jueces constitucionales. Se trata de un buen ejemplo que encapsula los desafíos que enfrenta la independencia judicial. Desafíos que son políticos pero que también,

²³ Ambas declaraciones provienen del discurso pronunciado en el marco del aniversario de la Constitución (21 de junio de 2013) y pueden consultarse en la cuenta de *Twitter* de la presidenta argentina.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

como las declaraciones de la presidenta Fernández evidencian, tienen un sustrato cultural que coloca al poder por encima del derecho.

7. LA REFORMA DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

En México la transición democrática se procesó e impactó sobre todo en el ámbito legislativo y ejecutivo. Sin embargo, a la par de ese proceso de transformación política se fue gestando también una evolución de la justicia que, al menos en el ámbito federal, se ha traducido en mayor independencia de los jueces ante los poderes del Estado. En particular la Suprema Corte de Justicia de la Nación —que es a la vez Tribunal de Casación y Tribunal Constitucional— ha visto fortalecido su rol institucional como entidad garante de la Constitución. Sin embargo, los rezagos y desafíos siguen siendo importantes. No solo porque lo que vale para la Suprema Corte no puede afirmarse de las instancias judiciales inferiores sino, sobre todo, porque la justicia local —que es la más cercana a los ciudadanos— sigue dependiendo políticamente de los ejecutivos estatales y es deficiente desde el punto de vista técnico.

Al desafío que supone el fortalecimiento institucional de la justicia —mayor independencia y mejores capacidades— debemos agregarle el reto cultural. En lo que sigue me propongo reconstruir las coordenadas de la disputa que encuadra ese reto en el México actual. El momento es especialmente interesante por las siguientes razones: a) porque en 2011 se aprobó una ambiciosa reforma constitucional en materia de derechos humanos; b) porque el contenido de esa reforma, en principio, apuesta por la inserción de México en el proyecto del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano; c) porque este aspecto de la reforma —junto con las decisiones de la Corte Interamericana a las que ya hemos hecho referencia— ha sido el detonador de la disputa cultural por los derechos que he venido anunciando.

Los alcances potenciales de la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos residen en cinco ejes estratégi-

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

cos: a) la ampliación del conjunto de derechos humanos; b) el ensanchamiento de la titularidad de los derechos; c) la especificación de las obligaciones de las autoridades; d) el fortalecimiento de las instituciones de protección —jurisdiccionales y no jurisdiccionales—; e) el hincapié en la protección de los derechos desde las políticas públicas.²⁴ En particular, el artículo 1º de la Constitución, que conviene citar en extenso, traza las coordenadas de lo que algunos hemos llamado “un nuevo paradigma constitucional”.²⁵

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social,

²⁴ Tomo esta idea de los comentarios expuestos por Alan García en el seminario sobre la Reforma de Derechos Humanos organizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas sedes nacionales el 23 de septiembre de 2011. El profesor García participó, junto con el autor de este ensayo, en la Casa de la Cultura Jurídica de León, Guanajuato.

²⁵ Carbonell, M. y Salazar, P., (coords.), *La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, IIJ-UNAM, México, 2011.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Para los efectos que nos interesan, vale la pena resaltar las siguientes piezas constitucionales —que, en su mayoría, son verdaderas novedades— incluidas en la disposición: *a)* los derechos son llamados por su nombre y no “garantías individuales”, como lo hacía la redacción precedente; *b)* se establece que los derechos son reconocidos y no otorgados como sucedía anteriormente;²⁶ *c)* se amplía la base normativa en la que se recogen los derechos con la incorporación expresa de los tratados internacionales en la materia —a esta determinación se le conoce como “bloque de constitucionalidad”—; *d)* con lo anterior, en principio, cambia la jerarquía normativa en México, lo que se complementa con el llamado principio *pro persona* —la interpretación en la materia deberá hacerse “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”—; *e)* dicho principio se complementa con una interpretación “de conformidad” con la propia Constitución y los tratados; *f)* el Estado —todas sus autoridades— tiene obligaciones específicas y responsabilidades concretas que están vinculadas con los principios que caracterizan a los derechos humanos, y *g)* ello en adición a las prohibiciones de la esclavitud y de la discriminación que ya existían.

Los alcances de esta transformación —sobre todo en los aspectos que tienen que ver con la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el marco constitucional mexicano— son objeto de disputa en el foro, la academia y, sobre todo, en la judicatura. Merece la pena documentar las posiciones de algunos actores relevantes en esta disputa. Aunque lo que está en juego no es directamente la independencia judicial —como en los países a los que he hecho referencia— sí es la capacidad de los operadores jurídicos —en particular, de los jueces— para ofrecer garantías efectivas a los derechos humanos o fundamentales.

²⁶ Esta decisión conlleva un enfoque de talante iusnaturalista que merece ser advertido.

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

8. LA DISPUTA POR LOS DERECHOS EN MÉXICO

No me parece exagerado sostener que, actualmente en México, al menos en el ámbito de la comunidad jurídica, se encuentra en disputa la moral positiva de la sociedad mexicana en torno a los derechos humanos o fundamentales. Por un lado, existen voces que subrayan la importancia de las nuevas normas constitucionales y su potencial transformador y, en contrapartida, otros actores relevantes minimizan los cambios, promueven reformas regresivas o proponen interpretaciones restrictivas. A continuación, intercalaré las voces de algunos abogados y juristas que ofrecen un fresco de esta relevante discusión.

Ante la pregunta, realizada por la revista *El Mundo del Abogado*, “¿cómo estamos en materia jurídica en México?”, Luis Robles Miaja, presidente del Consejo de Administración de BBVA Bancomer, uno de los bancos más grandes de México y parte de un grupo financiero internacional, respondió, en mayo de 2013, lo siguiente:

Hay un tema que me preocupa como miembro de la industria bancaria pero más como ciudadano y abogado: la implementación que se está haciendo de la reforma de derechos humanos. (...) Estamos abriendo la caja de Pandora. Para empezar nadie sabe cuántos derechos humanos hay. (...) A eso súmale el tipo de redacción política que abunda en la materia y te darás cuenta de que estamos en graves problemas. Para darte un ejemplo: hay un gran proyecto de infraestructura, una termoeléctrica: miles de empleos. Te llega un grupo que busca extorsionarte y no le haces caso. Le piden a un juez estatal que detenga la construcción basándose en una interpretación *mala fide* del Pacto de San José de Costa Rica, ¡y el juez suspende la obra por dos años!²⁷

En el mismo sentido, el abogado Fernando Gómez Mont, profesor de la Escuela Libre de Derecho y secretario de Gobernación durante el gobierno del presidente Felipe Calderón, precisamente cuando la reforma fue aprobada, ha sostenido en diversos fo-

²⁷ Luis Robles Miaja: “Con la reforma de derechos humanos, estamos abriendo la caja de Pandora”, entrevista en *El Mundo del Abogado*, México, mayo de 2013, p. 17.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

ros académicos que hablar de un nuevo paradigma constitucional “es una pedantería académica”,²⁸ porque, en realidad, la reforma no conlleva cambios relevantes y lo que importa es que, junto con los derechos, se nos recuerde cuáles son nuestros deberes ciudadanos. Se trata de dos posturas significativas por el talante de los juristas que las emiten pero, sobre todo, por el sentido conservador que las inspira. Ambos juristas —que merecen ser citados, entre otras razones, por ser personajes respetables que no promueven una agenda autoritaria— ven a los derechos como piezas de un modelo en el que deben llevar otros elementos como la inversión económica o los deberes republicanos.

Se trata de una lógica que ha permeado en muchas instituciones académicas y que ha conducido, por ejemplo, a la organización de un seminario en la Facultad de Derecho de la UNAM, convocado para discutir la pertinencia de regresar el texto de la Constitución a la terminología anterior y restablecer el término de “garantías individuales” en lugar del de “derechos humanos”.²⁹ Ese seminario —más allá de su escaso impacto real— es sintomático, porque anuncia resistencias en un nicho crucial para la transformación cultural que se requiere, como lo es la enseñanza del derecho.

También en sede legislativa se ha hecho presente la tendencia regresiva. Líderes parlamentarios del Partido Revolucionario Institucional —el presidente de la Cámara de Diputados y el de la Cámara de Senadores— presentaron iniciativas de reformas constitucionales para que los tratados internacionales no tengan rango constitucional. Al explicar las causas de su proceder, han aludido a preocupaciones que provienen desde el foro y la política, pero también desde la judicatura. Las iniciativas de reforma no han procedido, pero tampoco han sido descartadas. Así que

²⁸ La idea fue sostenida con insistencia en el seminario “Alcances de la interpretación del Artículo 1º constitucional” que tuvo lugar en la Escuela Libre de Derecho (ELD) el 29 de abril de 2013. En ese evento, moderado por Ricardo Sepúlveda, participaron, además de Gómez Mont, el magistrado Jean Claude Tron Petit, el rector de la ELD, Fauzi Hamdan, el autor de este texto y el académico Santiago Corcuera.

²⁹ El “Encuentro de Ideas y de Debate” tuvo lugar el 21 de marzo de 2013 y llevó como título “¿Derechos Humanos o Garantías?”

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

tenemos evidencias de que las resistencias al cambio de paradigma son intelectuales, pero también políticas y judiciales, lo que nos obliga a concluir que la idea del *Ius Constitutionale Commune* enfrenta resistencias.

Pero lo cierto es que también existen actores relevantes que defienden la causa de los derechos. Como prueba de que se trata de una disputa genuina y abierta tenemos, por ejemplo, las siguientes posiciones de algunos investigadores universitarios. Las referencias, más allá de su contenido, son interesantes, porque demuestran que no se trata de un forcejeo generacional, sino netamente cultural. Héctor Fix-Zamudio —el decano de la investigación jurídica en México— y Salvador Valencia Carmona, en su libro dedicado a esta reforma y a otra modificación constitucional complementaria en materia de amparo, han sostenido que:

Las reformas en amparo y derechos humanos (...) se inspiran en una concepción de avanzada y entrañan un nuevo paradigma constitucional, en virtud de que se ha ensanchado el horizonte de los derechos humanos, reforzando las garantías jurisdiccionales y fortaleciendo de manera decidida el Estado de derecho.³⁰

En sintonía con esta posición, Miguel Carbonell y el autor de este ensayo, en la introducción al volumen que hemos coordinado sobre la reforma, sostuvimos que:

En su conjunto las normas reformadas delimitan un nuevo paradigma en el constitucionalismo mexicano porque, por un lado, introducen al concepto de los derechos humanos como eje central de la articulación estatal (sustituyendo la figura arcaica de las “garantías individuales”) y, por el otro, incorporan como normas de máximo rango en el ordenamiento jurídico mexicano a las disposiciones en materia de derechos de origen internacional. De esta manera imponen una nueva exigencia a los actores políticos de todos los niveles para transformar a la realidad en clave democrática y constitucional.³¹

³⁰ Fix-Zamudio, H. y Valencia Carmona, S., *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, México, UNAM-Porrúa, 2013, p. XIII.

³¹ Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM-Porrúa, 2011.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

Es difícil decir cuál de estas interpretaciones terminará por imponerse, pero no parece errado afirmar que de ello dependerá el éxito o el fracaso de la reforma constitucional y, en buena medida, del impulso que pueda ofrecerse desde México al proyecto del *Ius Commune* latinoamericano.

9. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN EL DEBATE

Observemos ahora el calado de la misma discrepancia en sede jurisdiccional. Primero reproduzco las posiciones de un exministro —en ese entonces presidente de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación— y de otros dos ministros que, en 2013, siguen en funciones. Leamos las palabras del entonces presidente de la Segunda Sala, Sergio Aguirre Anguiano, al concluir el año 2011, en el que la reforma fue aprobada:

es riesgoso desoír al pasado, reclusándolo en la alacena de lo demodé, cegados muchas veces por el brillo de la novedad (...). Desvarío peligroso y empobrecedor el de intentar magnificar el presente y apuntar al futuro sin tomar en cuenta que lo que somos es producto de nuestros ayer. En este sentido no debemos pensar que las últimas reformas constitucionales (en materia de derechos humanos) fueron producto de una suerte de prestidigitador o de un momento visionario del Constituyente reformador (...). No puede negarse que estamos ante la presencia de reformas muy valiosas. Sin embargo, estimo desproporcionado aceptar que con ellas se configura un “nuevo paradigma” de nuestro constitucionalismo, como se nos quiere hacer ver en diferentes foros y tribunas...³²

Vale la pena subrayar el talante conservador y minimalista de la lectura de la reforma que hacía el exministro Aguirre, sobre todo porque su posición ha sido retomada por otros jueces constitucionales todavía en funciones. Ese es el caso de los ministros Luis María Aguilar Morales y Margarita Luna Ramos. A continuación se reproducen —en ese orden— dos intervenciones tuyas que no versan sobre el significado y el valor general de la refor-

³² Segunda Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe de labores 2011*, México, SCJN, 2011, pp. X-XI.

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

ma, sino sobre sus alcances concretos, al determinar la jerarquía que corresponde a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano:

No puedo estar de acuerdo y así lo he manifestado en muchas otras ocasiones, en que una interpretación con base en un convenio pueda simple y sencillamente hacer que una disposición constitucional no se aplique, como si las disposiciones constitucionales no fueran las normas máximas supremas de este país que dan origen inclusive a todo el marco legal que nos rige, incluyendo los propios tratados internacionales; no en balde los tratados internacionales tienen su origen, su legitimidad, en la propia Constitución y tan es así que en el artículo 105 de nuestra Constitución, estos tratados internacionales pueden ser ponderados, valorados y analizados conforme a las propias disposiciones constitucionales. ¿Por qué? Porque en este régimen, en este sistema de nuestra Constitución, aun los tratados internacionales están sometidos a las disposiciones constitucionales (ministro Aguilar Morales).

¿Qué es lo que nos está diciendo el artículo 1º constitucional? Está elevando a rango constitucional el control de convencionalidad, pero esto no quiere decir, de ninguna manera, que el hecho de que ahora se establezca la obligación de llevar a cabo control de convencionalidad, porque la Constitución nos lo está obligando, quiera decir que los tratados internacionales, primero, estén a la par de la Constitución o por encima de ella; no, el control de convencionalidad es establecer que el acto o la ley que estamos juzgando, está o no acorde con el tratado internacional (ministra Luna Ramos).³³

Se trata de posicionamientos de mucha relevancia, porque los emiten dos de los once ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De hecho, su posición fue cobrando fuerza al interior de la Suprema Corte y, en cierta medida, logró imponerse en septiembre de 2013, cuando el Pleno de la Corte, a pesar de

³³ Cfr., versiones de la discusión del Amparo Directo en Revisión promovido en contra de la sentencia dictada el 10 de enero de 2012 por la Cuarta Sala Penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán 2809/2012, en sesiones celebradas los días 3 y 4 de junio de 2013. Retomo ambas referencias del artículo de Guillermo J. García, *La integración de "otros" tratados internacionales por medio del artículo 1 constitucional*, al que tuve acceso en su versión preliminar.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

reconocer la existencia de un “bloque de constitucionalidad”,³⁴ determinó que las restricciones o límites que la Constitución mexicana impone a algunos derechos humanos —en principio y sin importar su contenido y efectos— deben surtir efectos preferentemente, ello incluso en los casos en los que existan normas internacionales que apunten en la dirección opuesta. Para algunos observadores, de hecho, esta decisión materializó la regresión propuesta en sede legislativa, pero por la vía jurisdiccional.

Pero lo cierto es que la disputa sigue abierta. Por lo mismo, es importante rescatar y difundir también la posición opuesta defendida por otros de los ministros de la propia Suprema Corte. Ese es el caso de la posición del ministro Arturo Zaldívar, quien, por ejemplo, cuando era presidente de la Primera Sala, el mismo día en el que Sergio Aguirre sostuvo lo que acabamos de leer, advirtió lo siguiente:

Este año ha sido de enorme relevancia para el constitucionalismo mexicano. A partir de las reformas constitucionales (...) en materia de derechos humanos y amparo es válido sostener que se generó un nuevo paradigma constitucional, que modifica radicalmente la forma de comprender el fenómeno jurídico (...). Un nuevo paradigma que exige una nueva mentalidad en jueces, abogados, autoridades y académicos. Un nuevo paradigma que fortalece la centralidad de los derechos humanos como la finalidad última de toda la ingeniería constitucional. (...) Los derechos humanos son la ética de la democracia (...). El respeto a los derechos fundamentales distingue a la democracia del autoritarismo. No importa la seriedad de los problemas; el reto de los Estados democráticos es resolverlos a través del derecho y con vigencia plena de los derechos fundamentales.³⁵

El contraste de criterios que encierran estos párrafos trasciende al debate intelectual entre juristas y está teniendo consecuencias jurídicas concretas porque, como lo afirmaron otro de los ministros, José Ramón Cossío, y uno de sus secretarios, Raúl Mejía, existe:

³⁴ Pero sin usar dichas palabras, porque el concepto no agrada a algunos de los ministros.

³⁵ Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Informe de labores 2011*, México, SCJN, 2011, pp. XXVII-XXVIII.

La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*

una diferente interpretación y aproximación a los casos dependiendo de cuál sea la Sala que en última instancia revise los casos que se le presenten dependiendo, fundamentalmente, de la materia de que se traten (Civil y penal, para la Primera; laboral y administrativa, para la Segunda).

Las diferencias no son menores y, al magnificarse en los tribunales inferiores, pueden generar una imagen de desorden interpretativo con una potencial afectación a los casos concretos y, por ende, a los justiciables. Una cosa es que los tribunales al conocer casos concretos en primera instancia puedan tener divergencias sobre la manera de resolver ciertos temas, lo que finalmente puede homologarse al subir de instancia y llegar a los tribunales de última interpretación en el ordenamiento jurídico, y otra es que sean estos últimos los que tengan la diferencia de criterio y provoquen que los tribunales inferiores resuelvan en sentido diverso dependiendo de la materia y del tribunal que en última instancia les corresponda como revisor.³⁶

En efecto, las divergencias de interpretación entre los ministros de la Suprema Corte —que tienen sustento en concepciones ideológicas o en culturas jurídicas disímolas y que solo han sido parcialmente resueltas mediante la decisión comentada de septiembre de 2013— ponen en riesgo otros principios fundamentales de todo sistema jurídico, como lo son la certeza y la seguridad jurídicas. Se trata de principios tan relevantes como lo es la independencia judicial cuando lo que está en juego es la garantía de los derechos fundamentales. Esto es así, porque, si la dependencia ante los poderes socava la capacidad de los jueces para proteger a los derechos, la inestabilidad en la interpretación sobre la garantía de los mismos, erosiona la certidumbre de las personas sobre cuáles son sus derechos y cómo pueden defenderlos.

10. EPÍLOGO

Si es verdad que la efectiva garantía de los derechos humanos es una condición para la consolidación de las democracias y que, la vigencia de las mismas es necesaria para ampliar los horizontes

³⁶ Cossío, J. R. y Mejía, R., “Derechos descafeinados”, en *Nexos*, México, junio de 2013.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA

espaciales y humanos del constitucionalismo, entonces, la disputa por los derechos en el contexto mexicano y los embates contra la independencia judicial en países de la región, tienen mucha importancia para el proyecto del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano. La proyección efectiva de este ideal regional depende de la vigencia efectiva de las garantías de los derechos humanos en cada uno de nuestros países. Una garantía que es política, social y jurisdiccional y no depende solo de dinámicas técnicas e institucionales porque demanda un sustrato cultural.

Lo que sucede es que el triunfo en la batalla por los derechos también se juega en la disputa por la moral positiva de la sociedad. El reto, cuando pensamos en esta dimensión, reside en lograr que la lógica de los derechos impere sobre las lógicas de los poderes y los privilegios. Eso, como sabemos los latinoamericanos, no es fácil. Pero, como enseñan los grandes ideales, tampoco es imposible. De lo contrario, ¿qué sentido tendría pensar, discutir y escribir sobre el *Ius Constitutionale et Democratico Commune* en América Latina?