

Filosofía y derechos humanos

Coordinación:
Carla Elena Solis Echegoyen
Manuel Jorge Carreón Perea

Filosofía y derechos humanos

Coordinación:
Carla Elena Solis Echegoyen
Manuel Jorge Carreón Perea



**Comisión de
Derechos Humanos
del Estado de Puebla**

Queda prohibida la reproducción parcial o total, directa o indirecta, del contenido de la presente obra, sin contar previamente con la autorización expresa y por escrito de los editores, en términos de la Ley Federal del Derecho de Autor, y en su caso de los tratados internacionales aplicables, la persona que infrinja esta disposición, se hará acreedora a las sanciones legales correspondientes.

En caso de erratas y actualizaciones, la CDH Puebla publicará la pertinente corrección en la página web www.cdhpuebla.org.mx/v1

Filosofía y derechos humanos

Primera edición: 2024

Versión digital

Esta obra fue dictaminada por sistema de revisión doble ciego

D.R. © 2024 Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla
5 Poniente 339, colonia Centro
Puebla, Puebla. C.P. 72000
Teléfono: 222 309 47 00
www.cdhpuebla.org.mx

ISBN: 978-607-69662-1-1

Dirección editorial: José Félix Cerezo Vélez

Coordinación editorial: Carla Elena Solís Echegoyen y Manuel Jorge Carreón Perea

Diseño y formación: Carolina Picazo Escalante

Portada: Carolina Picazo Escalante

Las características gráficas y tipográficas de esta primera edición son propiedad de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla

Publicación académica de distribución gratuita

D. R. Derechos reservados conforme a la ley

Hecho en México

Consejo Editorial

Carlos Hakansson

Universidad de Piura, Perú

Catheryn Camacho Bolaños

University of California San Diego,
Estados Unidos

Clara Luz Álvarez González de Castilla

Universidad Panamericana,
México

Guadalupe Irene Juárez Ortiz

Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social,
México

Héctor Fabián Ghiretti

Universidad Nacional de Cuyo,
Argentina

Héctor Manuel Guzman Ruíz

Universidad Nacional Autónoma de México,
México

José Antonio Sánchez Barroso

Universidad Nacional Autónoma de México,
México

Karina Ansolabehere

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la
Universidad Nacional Autónoma de México,
México

Leopoldo Gama Leyva

Universidad Autónoma de Tlaxcala y
Universidad Iberoamericana, Ciudad de
México, México

María Elizabeth de los Ríos Uriarte

Universidad Anáhuac Norte, México

María Francisca Elgueta Rosas

Universidad de Chile, Chile

María Solange Maqueo Ramírez

Universidad La Salle, México

Mariana Durán Márquez

Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, México

Miguel Bonilla López

Escuela Libre de Derecho,
México

Rafael Estrada Michel

Escuela Libre de Derecho,
México

Pilar Zambrano

Universidad de Navarra,
España

Autoría de capítulos

Fernando Montoya

Francisco Antares Rodríguez Sánchez

Francisco Martínez Cruz

Gerardo Allende Hernández

Héctor Manuel Guzmán Ruíz

Jennifer Angely Carrilla Rojano

José Félix Cerezo Vélez

Juan Pablo Jaime Nieto

Mariana Durán-Márquez

Mateo Mansilla-Moya

Rodrigo Palomar Méndez



Índice

Prólogo

Los primeros documentos declarativos en materia de derechos humanos (la *Declaración de Independencia* de las 13 colonias británicas de 1776 y la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* francesa de 1789) tuvieron una clara inspiración en los postulados del pensamiento ilustrado del siglo XVIII, no sólo en lo referente a la idea de pacto social (Rousseau), división de poderes (Montesquieu) o humanización del derecho penal (Beccaria), sino también en nociones como la autonomía del sujeto (Kant) y vinculación de la sociedad con la justicia (Hume).

Así, el pensamiento filosófico se encuentra en la base de los principales postulados que dieron origen a la concepción de derechos humanos como sostiene Lynn Hunt en su obra *La invención de los derechos humanos*. Conforme fueron pasando los años y el tema de los derechos humanos comenzó a volverse estrictamente jurídico, se perdió en gran medida la riqueza inicial que infundía el pensamiento filosófico en la concepción y materialización de los multirreferidos derechos.

Si hoy pensamos el concepto de derechos humanos, pareciera que sólo en algunos puntos cabe la reflexión filosófica, por ejemplo, en el concepto de *persona* o el de *dignidad humana* que, curiosamente, se alude como el fundamento y base de los derechos de acuerdo a resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como la redacción que las legislaturas han optado en algunas normas como la Ley General de Víctimas.

Pero lejos de estos conceptos, hay mucha riqueza y aportaciones que puede hacer el pensamiento filosófico a los derechos humanos, y no sólo desde la filosofía política o la filosofía del derecho, sino a partir de otras ramas como la de la ciencia o del lenguaje.

Considerando lo expuesto, la presente obra tiene un propósito: volver a revalorizar el papel del pensamiento filosófico para los derechos humanos. Así, contiene las aportaciones de filósofos y juristas que han dedicado buena parte de su vida académica y profesional al estudio de la filosofía y los derechos humanos, por lo que cada texto es una oportunidad de contribuir, con la sola lectura, a la reflexión que tanta hace falta en nuestro ámbito.

La y el coordinador
Primavera 2024

Capítulo I.

Perspectivas de los derechos humanos

I. La universalización de los derechos humanos en crisis perspectiva evolutiva desde la historia jurídica a través del *ius gentium* y el *ius commune*

Mariana Durán-Márquez¹

La historia de los derechos humanos se remonta a siglos atrás, cuando las personas comenzaron a reconocer la necesidad de proteger ciertos valores fundamentales, como la libertad, la igualdad y la dignidad humana. Sin embargo, el concepto moderno de derechos humanos se originó en el siglo XVIII con la Declaración de Independencia de Estados Unidos y la Revolución Francesa. Desde entonces, los derechos humanos se han convertido en una parte fundamental del derecho internacional y han sido reconocidos por la mayoría de los países del mundo, siendo su universalización uno de los principios fundamentales reconocidos dentro de la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, representado un logro para la humanidad y los ordenamientos jurídicos creados por ella, pero también un proceso en constante evolución y crisis, marcada – en algunos escenarios- por el choque de culturas y el conflicto entre diferentes sistemas de valores. Por lo que, el objeto de este trabajo es hacer una breve revisión histórica a los conceptos de *ius gentium* e *ius commune*, como antecedentes al principio de universalización de los derechos humanos.

Por universalización entendemos que “todos los seres humanos tienen los mismos derechos humanos simplemente por su condición de ser humanos, independientemente de donde vivan y quienes sean, así como de su situación o características particulares”². Zeid Ra’ad Al Hussein, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la declaración de apertura del

-
1. Doctora en derecho por la Universidad Panamericana, Ciudad de México. Profesora-investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla. Consejera editorial de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla. Investigadora nacional, nivel 1 del CONAHCYT.
 2. ONU, “Universalidad, diversidad cultural y derechos culturales”. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales* A/73/227, 2018. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/237/68/PDF/N1823768.pdf?OpenElement>

38º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos en 2018, alertaba sobre los problemas de derechos humanos y los ataques de los que son objeto la propia Declaración Universal y las normas que protegen los derechos humanos a nivel internacional, atribuyendo enfáticamente a una instrumentalización de la historia, al interés político y al nacionalismo cerril, lo que encamina a la necesidad de renovar los fundamentos de la propia universalidad para que *“rememore las principales normas, historias y logros, pero que también aspire a mantenerse y a fortalecerse en el futuro”*³; haciendo un llamado a las personas expertas y defensoras de los derechos humanos para redoblar esfuerzos en aras de defender la universalidad de los derechos humanos.

Para hablar del antecedente histórico jurídico del principio de universalidad es necesario tirar hacia atrás varios siglos hacia Roma y el derecho de gentes o *ius gentium*, que estaba dirigido a regir las relaciones entre las personas [gentes] que habitaban las naciones extranjeras, es decir, la agrupación de personas que no constituían la *civitas* romana [la ciudad de Roma, capital del Imperio]. Aquéllos quienes si pertenecían a la *civitas* tenían la calidad de ciudadanos y su vida estaba regida conforme el derecho civil [*ius civile*], el cual, era aplicado dentro de la ciudad y para los ciudadanos.

El *ius gentium* tomó su mayor auge derivado de los procesos bélicos y de dominación emprendidos por los romanos, en los cuales, los pueblos dominados quedaban bajo su potestad y sometidos al pago de tributos, para lo cual, fue necesario el establecimiento de una regulación jurídica que contemplara esos y otros aspectos, como las relaciones comerciales y políticas, sin la necesidad de incluirlos dentro de la gama `exclusiva´ de protección y privilegios del derecho civil⁴.

Ya lo refería Gayo en sus Instituciones, doscientos años después de lo explicado por Cicerón. Ambos autores concuerdan en la validez universal del *ius gentium* para todos los pueblos. Sin embargo, algunos autores⁵ refieren en Gayo una mayor exhaustividad al admitir la relación con el iusnaturalismo, y

3. Ídem

4. Aranguren, José Luis L., “La historia de la universalización de los derechos humanos”, EGUZKILORE, número extraordinario 9, San Sebastián, 1996, pp. 225-241.

5. Kaser, Max, “Ius gentium, trad.”, *Francisco. J. Andrés Santos*, Granada, 2004.

para 1730, se asocia a Cicerón, la inspiración del término “*diritto naturale delle genti*”, acuñado por Giambattista Vico en su *Scienza nuova seconda*”⁶.

[...] Todos los pueblos, que se rigen por leyes y costumbres, usan en parte las suyas propias, en parte del derecho común de todos los hombres. Pero lo que el orden natural establece entre todos los hombres, esto se conserva estadísticamente entre todos los pueblos, y se llama la ley de gentes, como si de la ley se valieran todas las naciones [...]⁷.

El objetivo del *ius gentium* fue establecer un conjunto de normas que pudieran ser aplicadas en las relaciones de extranjero a extranjero y entre extranjero y ciudadano romano, lo que significó también el eje sobre el cual se gestó el derecho internacional, contribuyendo a la creación de un sistema jurídico internacional que tuvo como objetivo regular las relaciones entre los estados-nación, en la era moderna, y promover la paz y la justicia.

[...] cabe entender la invocación de Cicerón al consenso entre todos los pueblos: *Omnium gentium consensus lex naturae putanda est* [...] diferencia a veces con claridad tres órdenes normativos: el *ius naturae*, el *ius gentium* (que ocupa una posición intermedia) y el *ius civile*, siendo los dos últimos órdenes normativos, derechos positivados, mientras que el derecho natural es un orden de leyes eternas y universales que no están escritas; por otra parte, advierte Cicerón, lo contenido en el derecho civil no necesariamente debe estarlo en el derecho de gentes, pero las normas del derecho de gentes sí deben reflejarse en el derecho civil⁸

Dentro de las provincias romanas, Hispania con ubicación geográfica en la Península Ibérica, constituyó una integración política con duración de más de dos siglos, regidos desde la perspectiva de la formación del derecho romano a través de la aplicación de los *ius civile*, *ius gentium* e *ius honorarium*; y que ya para el siglo V, con la caída del Imperio Romano de Occidente y el proceso de vulgarización del derecho con el asentamiento de los visigodos, inició la etapa

6. Llano-Alonso, Fernando Higinio, “El *ius gentium* y la idea liberal de un orden mundial justo en John Rawls”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Revista de Filosofía Jurídica y Política*, 55, 2021, p. 112.

7. Gayo, *Institutas*, D. 1.1.9.

8. Llano-Alonso, *óp. cit.*, pp. 111-112.

de la Hispania visigoda⁹, que integró la formación y vigencia del derecho como principal fuente a la tradición jurídica romano-vulgar, que podemos identificar a través del *Liber Iudiciorum* y el Fuero viejo.

Durante el siglo XI, ya en la etapa bajomedieval, se dio paso a la conformación del *ius commune*, con el nacimiento de las universidades y el renacimiento de la compilación del emperador Justiniano, a la par de la construcción ordenada y regulada del derecho canónico. El derecho común (o *ius commune*) conformado por los dos grandes *corpus iuris*, el *civilis* (derivado de la recomposición justineana) y el *canonicum* (conformación uniforme del derecho canónico), fue un derecho de larga duración desde el punto de vista temporal, con una vigencia de más de siete siglos, pero sobre todo con una prolongada aplicación territorial. De ahí su denominación de "común", por su aplicación por todo el *orbe cristiano*¹⁰, fortaleciendo una cultura jurídica más uniforme dentro del continente europeo, sin afectar a los *iura propria* o derechos propios, que se desarrollaban y contemplaban desde las premisas culturales, particulares de ciudades, territorios o reinos, que podían ser diferentes entre sí en cuanto a las soluciones.

Ortiz ha hecho alusión que "el *ius commune* es un importante precedente de la universalidad jurídica que siglos después, inspirará la competencia de los derechos humanos"¹¹, y Manzano, lo describe con las características de universal, intemporal y abstracto, permitiendo el abordaje de los problemas de la humanidad, dando paso a la construcción de "un sistema lógico, coherente y científico"¹².

El *ius commune* se caracterizó por ser una tradición jurídica - si se me permiten los términos- transnacional y supranacional, ya que se aplicaba en diferentes regiones y culturas, lo que lo convierte en una herramienta importante para la universalización del derecho, fundamental para la creación de un

9. Hierrezuelo Conde, Guillermo, "Historia del Derecho español", *Revista de estudios histórico-jurídicos* 24, 2002, pp. 461-463. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552002002400028>

10. Durán-Márquez, Mariana, "La universidad medieval y la formación de los abogados a través del *ius commune*: Una mirada desde la historia del derecho y la enseñanza jurídica", *Contribuciones interdisciplinarias desde la historia del derecho y las ideas políticas*, Universidad Panamericana, 2022.

11. Ortiz, Rigoberto, "El derecho de los indios americanos en la historia de los derechos humanos", *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 4, no. 12, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009, p. 81.

12. Manzano, Bernard, *La recepción del derecho común romano en el ámbito jurídico global*. *Revista Jurídica*, Universidad Católica De Santiago De Guayaquil, no 32, 2018, p. 62.

sistema jurídico europeo y para la unificación del derecho, como conjunto de normas, en diferentes latitudes.

En el siglo XV, durante el reinado de los Reyes Católicos, la monarquía española sentó las bases para la creación del Estado moderno, lo que llevó a la conformación del derecho de la Edad Moderna, con un enfoque jurídico desarrollado como reacción al *mos italicus*, caracterizado por el humanismo jurídico y la territorialización del derecho. Por lo que hace a los territorios de la Corona Hispana en ultramar, el descubrimiento de América abrió la puerta para la creación de un derecho indiano, con base en el derecho común, el derecho castellano y el propio derecho indígena con una eficacia de poco más de doscientos años, tiempo que estuvo vigente la Casa Reinante de los Habsburgo. A partir del siglo XVIII, el reformismo borbónico, impulsado por los Decretos de Nueva Planta, y el iusnaturalismo racionalista, provocaron la crisis del *ius commune* y el triunfo del derecho regio¹³, es decir, supuso una centralización del poder y una uniformización del sistema legal en todo el territorio español y sus dominios, estableciendo un sistema de leyes comunes para todo el país, y eliminando las leyes y costumbres regionales. A pesar ello, podríamos decir, que la idea de universalización del ordenamiento jurídico, ya había permeado en la política de estado.

Durante los trescientos años de dominación hispana en territorio americano, y en el caso particular de México, se desarrolló una tradición jurídica que sentó las bases del sistema legal actual. De lo expuesto con antelación, la tradición jurídica española se basaba en gran medida en el derecho romano, que había sido adoptado por los reyes visigodos y posteriormente por la monarquía¹⁴. Durante la Edad Media, la enseñanza del derecho romano se extendió por toda Europa y se convirtió en la base del derecho común, por lo que, cuando los hispanos llegaron a América, trajeron consigo sus propias leyes y costumbres, que fueron adaptadas a las circunstancias del nuevo territorio, mediante la creación del derecho indiano, que fue un sistema jurídico específico para los territorios americanos construido sobre las bases del derecho romano y del derecho canónico.

13. Hierrezuelo Conde, *óp. cit.*

14. Iglesia Ferreirós, Aquilino, "Derecho municipal, derecho señorial, derecho regio", *Historia, Instituciones, Documentos*, 4, 1977, pp. 115-197.

El derecho indiano regulaba, entre otros asuntos, la situación jurídica de los indígenas y su relación con los conquistadores, la propiedad de la tierra, la organización de las comunidades y la explotación de los recursos naturales. En este sentido, se puede decir que la tradición jurídica entre España y Nueva España se construyó a través de una relación compleja y dinámica que evolucionó a lo largo del tiempo, y que hacia el siglo XVIII tuvo un impacto significativo y con mayor énfasis en los derechos de las personas.

Los derechos humanos formalizados como un producto de derecho positivo y de carácter universal, son relativamente recientes y tienen sus raíces en la cultura occidental, especialmente en los derechos romanos y medievales. Aunque no se debe afirmar que las personas antes del siglo XVIII no fueran vistas jurídicamente como seres dignos, sino que, durante la Edad Media y el inicio de la Edad Moderna, así como con el descubrimiento de América, se debatieron conceptos y juicios acerca de la personalidad jurídica de los pueblos nativos americanos, siendo uno de los hitos más relevantes en la génesis de los derechos humanos la bula *Sublimis Deus* del Papa Paulo III en 1537, que algunos autores consideran una “declaración universal de derechos”¹⁵ y otros como “un documento papal que inició la búsqueda de una nueva conceptualización del ser humano”¹⁶, dando pie a la promulgación de las Leyes Nuevas en 1542, como el conjunto normativo más importante de la historia del Nuevo Mundo Hispánico que reconoció la personalidad jurídica de las personas nativas americanas, y de todo ser humano, retomando las bases, que para el reconocimiento de un derecho con carácter universal, ya habían configurado tanto el *ius gentium* en el Imperio Romano, y el *ius commune* durante la Edad Media y la Edad Moderna en Europa Occidental y América.

La universalización del derecho es un proceso que busca que las normas y principios jurídicos sean aplicados de manera universal, independientemente del lugar o la cultura. Este proceso -sostengo- se ha visto influenciado por el *ius gentium* y el *ius commune*, que han sido herramientas fundamentales para la creación de un sistema jurídico internacional y para la unificación del derecho civil en diferentes países.

15. Ortiz., *óp. cit.*, p. 81.

16. Sánchez, Fernando Méndez, “Las Bulas Romanus Pontifex y Sublimis Deus. Concepto protogeneracional de los derechos humanos en América”, *A&H Revista de Artes, Humanidades y Ciencias Sociales* 16, 2022, p. 64

En la actualidad, la universalización del derecho es una realidad y se puede observar en la redacción de tratados internacionales y en la aplicación de principios jurídicos en diferentes países, basado en la doctrina de derecho de gentes y de derecho internacional, impulsada por Francisco de Vitoria, que promovió un *derecho común* de la humanidad para alcanzar la validez universal mediante el reconocimiento como sujetos no solamente a los Estados, sino también a los individuos¹⁷, y promoviendo vínculos estrechos de solidaridad, comunicación pacífica, tolerancia y racionalidad para todas las personas.

La creación de la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional son ejemplos de cómo el derecho internacional se ha universalizado y se aplica en diferentes regiones del mundo como derecho común de la humanidad. En ese orden de ideas, Llano refiere a la evolución del *ius gentium*, a través del tiempo, como un proceso mucho más complicado -o diverso-:

Ermanno Vitale ha diferenciado una cuádruple vertiente dentro de la corriente doctrinal del *ius gentium*: la aristotélica, la estoica (reformulada por Cicerón), la del *iusnaturalismo* tomista o la del *iusnaturalismo* moderno. Yo diría incluso que cabría simplificar aún más esta clasificación reduciéndola solo a dos modalidades: El *ius gentium* y la idea liberal de un orden mundial justo en John Rawls, una antigua (que tiene su origen en el derecho romano), y otra moderna, que se inicia con la Escuela del Derecho internacional, entre cuyos fundadores destacan las figuras de Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Hugo Grocio o Samuel Pufendorf, y que se pondrá en práctica a partir del Tratado de Westfalia de 1648 [...] pues sus fines están consagrados a la defensa de la universalidad y la racionalidad de las reglas jurídicas que tutelan las legítimas expectativas de los seres humanos, y preservar los bienes y valores fundamentales de toda la humanidad¹⁸

A pesar del progreso que significa la universalización de los derechos de las personas, esta ha enfrentado numerosos momentos de evolución y crisis, a través del recorrido sumario de una tradición jurídica con más de dieciséis siglos, desde el derecho romano, vigente actualmente en la gran mayoría de las

17. Pérez Luño, Antonio Enrique, "La polémica sobre el nuevo mundo los clásicos españoles de la filosofía del derecho", 1992.

18. Llano-Alonso, *óp. cit.*, pp. 110-111 y 113.

instituciones y contratos en materia civil, pasando por el momento culmen del reconocimiento de la persona, primero como parte integrante de un colectivo durante la Edad Media, y posteriormente como ser único e individual en la Edad Moderna, que ha fraguado el reconocimiento de los derechos y obligaciones que gozamos y ejercemos hasta nuestros días.

Si bien es cierto, México ha heredado gran parte del bagaje jurídico hispano, también es cierto que han sido otros y diversos factores, los que han influido en la forma en que, posterior a los procesos independentistas, ya como Estado Moderno, nuestro país ha abordado la protección de los derechos humanos, enfrentando numerosos desafíos, como la discriminación, la pobreza, la violencia y la corrupción.

Desde la visión latinoamericana, autores como García Ramírez¹⁹, constitucionalista mexicano, quien fuera presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiere al término *ius commune* o derecho común latinoamericano sobre derechos humanos, a las contribuciones jurisprudenciales que, desde esa Corte, se han hecho al principio de especificidad en su aplicación y al sistema de reparaciones por violaciones a derechos humanos. De un derecho internacional de los derechos humanos erigido sobre los principios de universalidad e igualdad correspondientes a otra concepción de tradición romana, el *ius cogens*, es decir, *un derecho que obliga* a través de la existencia de determinadas normas de carácter universal, que constriñen a los Estados a su cumplimiento y aplicación, con independencia de que los mismos hayan ratificado o no los tratados internacionales que las contienen.

Sin perder de vista la esencia que cara a los derechos humanos implica su universalización, entendida como piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos, y que supone, que todas las personas tenemos el mismo derecho a gozar de todos los derechos, la finalidad de este trabajo, ha sido evidenciar de manera muy general, al *ius gentium* y al *ius commune*, como los antecedentes de lo que la universalización de derechos busca y persigue, cumpliendo una función en la historia para la protección de los derechos básicos para todas las personas.

19. [...] es preciso que la navegación americana se desarrolle con las características que convienen al *mare nostrum* en el que aquélla transita. Aquí florecen las acciones afirmativas y las tutelas específicas, que no pierden de vista los problemas de fondo en aras de las soluciones formales, a menudo ilusorias. Cfr. García Ramírez, Sergio, “La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça* 8.28, 2014, p. 44.

Fuentes de consulta

- ~ Aranguren, José Luis L., "La historia de la universalización de los derechos humanos", *EGUZZILORE*, número extraordinario 9, San Sebastián, 1996.
- ~ Durán-Márquez, Mariana, "La universidad medieval y la formación de los abogados a través del ius commune: Una mirada desde la historia del derecho y la enseñanza jurídica", *Contribuciones interdisciplinarias desde la historia del derecho y las ideas políticas*, Universidad Panamericana, 2022.
- ~ García Ramírez, Sergio, "La "navegación americana" de los derechos humanos: hacia un ius commune", *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça* 8.28, 2014.
- ~ Gayo, *Institutas*, D. 1.1.9.
- ~ Hierrezuelo Conde, Guillermo, "Historia del Derecho español", *Revista de estudios histórico-jurídicos* 24, 2002. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552002002400028>
- ~ Iglesia Ferreirós, Aquilino, "Derecho municipal, derecho señorial, derecho regio", *Historia, Instituciones, Documentos*, 4, 1977.
- ~ Kaser, Max, "Ius gentium, trad.", Francisco. J. Andrés Santos, Granada, 2004.
- ~ Llano-Alonso, Fernando Higinio, "El ius gentium y la idea liberal de un orden mundial justo en John Rawls", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Revista de Filosofía Jurídica y Política*, 55, 2021.
- ~ Manzano, Bernard, La recepción del derecho común romano en el ámbito jurídico global. *Revista Jurídica, Universidad Católica De Santiago De Guayaquil*, no 32, 2018.
- ~ ONU, "Universalidad, diversidad cultural y derechos culturales". *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales A/73/227*, 2018. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/237/68/PDF/N1823768.pdf?OpenElement>
- ~ Ortiz, Rigoberto, "El derecho de los indios americanos en la historia de los derechos humanos", *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 4, no. 12, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009.
- ~ Pérez Luño, Antonio Enrique, "La polémica sobre el nuevo mundo los clásicos españoles de la filosofía del derecho", 1992.

~ Sánchez, Fernando Méndez, "Las Bulas Romanus Pontifex y Sublimis Deus. Concepto protogeneracional de los derechos humanos en América", *A&H Revista de Artes, Humanidades y Ciencias Sociales* 16, 2022.

II. Los procesos de núremberg bajo los criterios de la justicia transicional

Rodrigo Palomar Méndez²⁰

Introducción

Tras la capitulación alemana, la tesis de una culpabilidad colectiva justificó todo tipo de represalias contra la población civil. Alemania se vio invadida por una plaga de pillaje y venganza. Los alemanes residentes en Checoslovaquia y Polonia fueron objeto de violaciones, golpizas y linchamientos antes de ser expulsados y deportados. Quienes habían sido víctimas del nazismo durante tantos años, -relata horrorizado Ilia Ehrenburg-, reproducían ahora sus mecanismos contra gente que, en su mayoría, nada había tenido que ver con los hechos²¹. No hay ninguna casualidad en esto. La idea de que todos los miembros de una comunidad son culpables por los actos de cada uno de sus miembros fue parte esencial de la doctrina nazi. Esta subyace a la deshumanización y al consecuente exterminio de mujeres y hombres a los que se les persigue en razón de lo que no pueden dejar de ser. Es decir, pese a la capitulación, el nacionalsocialismo logró inocular en la propaganda de los aliados su propia tesis: que el final de la guerra no habría cabida para distinguir entre los nazis y los alemanes comunes, y que ambos correrían la misma suerte, más aún: que la derrota del nacionalsocialismo significaría el final de la propia Alemania como nación.

En el verano de 1945, relata Jaspers, fueron aparecieron en ciudades y pueblos carteles con imágenes de los horrores en los campos de concentración.

20. Licenciado en filosofía por la Universidad del Claustro de Sor Juana. Maestro en filosofía en la FFyL de la UNAM, con mención honorífica. Doctor en filosofía en el área de filosofía política de la Facultad de Filosofía y Letras, UNAM, con mención honorífica.

21. Ehrenburg, Ilya, Hombres, años, vida: *Primer libro de memorias*, trad. Esteban Riambau y Arturo Roca, "Todos para muchos", Barcelona, 1964.

Como una acusación que procedía desde el vacío los rótulos señalaban: <<Todos los alemanes son culpables>>²². La propaganda de posguerra de los vencedores no tuvo ninguna reserva para implicar a la población en los crímenes estatales y sacar de ello todo el rédito posible. Políticamente el veredicto tuvo las más duras consecuencias. Alemania, declarada como una nación inferior, no podría emerger como potencia una vez más. La sentencia significó en los hechos una prolongada y creciente miseria entre la población. La desdicha estaba justificada. Sin embargo, más allá de si es justo o no seguir degradando a un pueblo que ha renunciado a su propia dignidad, -lo que el propio Jaspers dejaba entonces a una futura revisión histórica de los pueblos-, está la necesidad de formular la culpabilidad personal de quienes participaron directamente en los crímenes. Se trata de un aspecto esencial a considerar en cuanto a las perspectivas que abrió el tribunal de Nuremberg. El fiscal Jackson lo tenía presente: "Los alemanes -no menos que el resto del mundo- tienen que liquidar cuentas con los acusados"²³. Es decir, el tribunal no supone la inculpación de todo un pueblo sino mostrar que el comportamiento que permitió la consolidación de un régimen criminal se encuentra en un plano completamente distinto al de la culpa de quienes participaron directamente en los crímenes. Como señaló Jaspers en sus lecciones de 1946 en torno a la culpabilidad alemana, el enjuiciamiento de los principales responsables de los crímenes, descarga al resto de la población, pero no de manera definitiva. Entre los alemanes que renunciaron a mantener relaciones con un régimen criminal y quienes llegaron al extremo de convertirse en asesinos en masa, estuvo el comportamiento de una mayoría que, si bien no llegó al límite de perseguir y desaparecer a personas inocentes, tampoco tuvo el menor inconveniente de preservarse, en medio del terror estatal, en una forma de vida normal y corriente. No hablamos de acciones que puedan ser objeto de una consideración de tipo penal, pero sí de diversos comportamientos que llevaron a millones de personas a la abyección de la traición y del autoengaño; de personas que, sin otro afán que el de no perderse en el torbellino de un contrasentido ideológico, aprendieron a distanciarse repentinamente de amistades de toda la vida; a ver con indiferencia el sufrimiento de quienes habían sido declarados como proscritos y eran despojados tanto de sus bienes como de su dignidad; a repetir con absoluta irreflexividad las consignas y estereotipos del oficialismo en contra de quienes hasta hacía poco tiempo formaban parte de su núcleo de amistad más íntimo. Como ha señalado Jaspers, esta clase de

23. *Ibidem*, p. 29.

comportamiento atravesó a la inmensa mayoría de los alemanes.

Hacia 1936, quien deseaba conservar su empleo o alguna prestación social o contratación especial debía ya la aceptación inequívoca y total de los principios del régimen. En aquellos años no hubo sector social ni laboral, ni institucional que no estuviera coordinado con las bases del Partido. Hacia 1945 el Partido nazi tenía la abrumadora militancia de 10.000.000 personas. Nadie puede poner en duda que imperaba el terror y que toda resistencia era una muerte segura, pero tampoco nadie negará que fueron muchos los alemanes que se convencieron de estar participando en una tarea histórica única. La mayor parte de ellos no dio el paso definitivo antes de participar en los peores crímenes de la historia, pero con su comportamiento sí terminaron por colaborar, no con crímenes, pero sí como cómplices que solo pueden callar y retraerse.

El tribunal de Nuremberg tuvo la fortuna de diferenciar entre la culpa criminal de quienes habían participado los crímenes estatales, y la responsabilidad política de los alemanes. Sin embargo, como trataré de explicar en el presente trabajo, no fue capaz de aportar una comprensión jurídica de la radicalidad que acusaban los crímenes del nacionalsocialismo. Al concentrar toda su atención a los delitos que habían afectado a todas las naciones del mundo, -particularmente la agresión como delito contra la paz-, no pudo explicar que la eliminación de los judíos, por su estructura y propósito, constituía el peor delito hasta entonces conocido. No por el número de víctimas, sino por el nivel de organización que llevó a millones de seres humanos a convertirse en los peores criminales de la historia; pero también, por el nivel de aceptación que tuvo entre millones un régimen de asesinato y desaparición. Considero que el esclarecimiento de esta culpabilidad es esencial para los procesos de justicia transicional, pero que esta no puede ser objeto de un juicio con consecuencias jurídicas o políticas determinadas. En las cuestiones morales, como bien ha señalado Jaspers, no hay más instancia que la propia conciencia, o la sinceridad con la que muchos puedan alcanzar una nueva concepción de las cosas. ¿No parece esto una limitante para las resoluciones o Informes judiciales dentro de los procesos de Justicia transicional?

Los procesos de Nuremberg

Es una realidad el amplio consenso que ha señalado a Nuremberg como una simulación política, como una extensión de la llamada justicia del vencedor. Muchos son los aspectos que podrían confirmarlo. Hacia 1962, Jaspers habló en particular del hecho de que en el tribunal tomara parte la Unión Soviética; un Estado con la misma forma de gobierno que la del nacionalsocialismo y, de acuerdo a las definiciones propias del Estatuto, con los mismos cargos.

Nadie podría negar hoy en día que el tratado Ribbentrop-Molotov de 1939, -cuyas cláusulas secretas contemplaban el reparto y la destrucción de Polonia, de los Estados Bálticos y del norte Besarabia-, constituye, lo mismo que la agresión a Finlandia, un delito contra la paz o que la matanza de más de 25.000 polacos, entre oficiales, policías, civiles en el bosque de Katýn constituye un crimen de guerra²⁴. La omisión de estos crímenes durante los procesos siempre será un estigma de ilegitimidad para el tribunal de Nuremberg, no cabe la menor duda. No obstante, esto no es justificación suficiente para afirmar que en el contexto de una posguerra en general, tan sólo existe la justicia del vencedor y, en consecuencia, que las personas no llevan responsabilidad alguna; que la guerra se explica más bien por la naturaleza humana.

Tales teorías no pueden ser válidas en una guerra que se planteó contra todo apaciguamiento y contra toda posible reconciliación. En este sentido, el proceso de Nuremberg siempre tendrá el estigma de ilegitimidad por descartar las acciones criminales cometidas por los países aliados. Habría que sumar a ellas el bombardeo sobre Dresde por parte de los británicos, así como las bombas en Hiroshima y Nagasaki por Estados Unidos. Sin embargo, "en cuanto a las formas jurídicas, el proceso fue irreprochable"²⁵. En efecto, el proceso no fue un juicio sumario o una purga. Los acusados no fueron juzgados por actos, que en el caso de victoria, hubieran comportado honores militares; tampoco por las consecuencias que dejó la guerra en el mundo; por el sufrimiento de las víctimas o por la guerra en su totalidad; sino por crímenes que habían sido definidos jurídicamente y de acuerdo a los principios de una amplia tradición; a

24. Czapsky, J., *En tierra Inhumana*, trad. A. Rubió y J. Slawomirski, Acantilado, Barcelona, 2008.

25. Jaspers, Karl, *El problema de la culpa. Sobre la responsabilidad política de Alemania*, trad. Román Gutiérrez Cuartango, Paidós, Barcelona, 1998. p. 125.

protocolos que, como estableció el Estatuto, ya gozaban de una amplia aceptación y reconocimiento en la comunidad de Naciones y en la tradición política occidental.

De acuerdo a la doctrina de la guerra justa, la llamada guerra relámpago o *Blitzkrieg* contra Polonia es una transgresión al *ius in bellum*, esto es, la conspiración de una guerra que se considera como criminal por el sólo hecho de llevarla a cabo. Por su parte, la intervención en Holanda, aun considerando la justificación bélica que comportaba, -derrotar a Francia a través de su frontera oriental e impedir que Inglaterra tuviera una base militar continental en su contra-, constituía un crimen de guerra; no por la invasión en sí, sino por ir en contra de los principios del *ius in bello*; por el hecho de que el memorándum alemán fuera entregado a los ministros holandeses una hora y media después de iniciadas las agresiones; por el hecho de que, tal y como relatará William Shirer, corresponsal de guerra, "la ciudad entera y su casi medio millón de habitantes, fueran un objetivo militar destruido"²⁶.

Ya en el terreno del propio combate, los soldados alemanes dejaron en claro desde el principio que no tendrían compasión alguna; que la lucha sería radical y que no habría ni honorabilidad ni misericordia. En Polonia, contra las normas más elementales del *ius in bello*, a todo combatiente prisionero se le dio la justicia partisana. Además, ya sea como parte de las conocidas represalias colectivas por alguna acción subversiva de la resistencia o sin otro propósito que imponer el terror por el terror, se practicó la ejecución sumaria contra población civil inocente²⁷. La guerra total en Polonia se reprodujo exactamente en la Unión Soviética dos años después. Las cifras hablan por sí mismas: 26 millones de vidas soviéticas; además, medio millón de prisioneros de guerra asesinados y 2.6 millones de muertos como consecuencia de la hambruna y de los trasladados forzados.

26. Shirer, William L, *Mi diario en Berlín. Notas secretas de un corresponsal extranjero. 1934-1941*, trad. Daniel Cosío Villegas, Nuevo Mundo, 1942, p. 291.

27. En Polonia, tras la invasión, se tienen registradas hasta 73 acciones de las Einsatzgruppen contra prisioneros de guerra, a quienes se les dio el trato de partisanos. En Widsow todos los hombres de la ciudad fueron alineados y fusilados. En Longinowi: 40 ciudadanos fueron arrestados en un edificio al que terminaron por prender fuego. Cfr. Snyder, Timothy, *Tierras de sangre*, trad. Jesús de Cos, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2010. p. 153.

Tanto en Polonia como en la Unión Soviética, los cuerpos alemanes transgredieron todo derecho de guerra. Sin embargo, detrás de todas esas agresiones, subyacía una estructura criminal atípica. Detrás de la conocida Operación Barba Roja en 1941, y aprovechando la retirada del Ejército Rojo, rápidamente fueron reconocidos grupos de intervención de seguridad preventiva con un amplio margen de acción en cuanto a la persecución de sospechosos o de grupos potencialmente subversivos: los *Einsatzgruppen*. Al principio sus actividades se limitaron a la lucha contra partisanos, así como a la supervisión y coordinación de los pogromos contra la comunidad judía en las regiones de Báltico y de Ucrania. Sin embargo, los criterios de persecución se extendieron al punto de incluir a mujeres y niños. El historiador Anthony Beevor ha dejado una cronología exacta sobre una de las operaciones más significativas de estos comandos en Ucrania: el 27 de septiembre de 1941:

El mando del ejército en la ciudad hizo pegar carteles ordenando a los judíos del Kiev prepararse para una evacuación, con la intención deliberada de ocultar su destino. «Deben llevar consigo sus documentos de identidad, dinero, artículo de valor, así como ropa de abrigo, se les decía. Los judíos soviéticos [...] aparecieron como se les había ordenado sin saber el destino que les esperaba. El *sonderkommando* 4ª, que esperaba aparecieran entre 5 y 6 mil judíos, se vio sorprendido cuando se presentaron 33.771, un poco más de la mitad de la población judía de Kiev. La multitud era tan enorme que hubo que llamar a más soldados para ayudar al transporte de los judíos hasta el barranco de Babi Yar, a lo largo de cuyo borde esperaban los pelotones de ejecución [...] los judíos fueron obligados primero a entregar sus posesiones, y luego se les dijo que se desnudaran antes de ser fusilados. Las ejecuciones duraron dos días. Aquel mismo lugar fue utilizado más tarde para otras matanzas de judíos, gitanos, partisanos y miembros del partido comunista. En total murieron allí unas 100.000 personas²⁸.

La masacre figuró en un informe del Comité Soviético de Investigación como represalia por sabotaje en Kiev. En el conocido Proceso de Krasnodar en abril de 1943, 11 soviéticos fueron sentenciados por ello; ocho de ellos fueron ahorcados frente a 30.000 personas en la plaza pública. Asimismo, relata el his-

28. Beevor, Antony, *Un escritor en guerra: Vassili Grossman en el Ejército Rojo, 1941-1945*, Planeta (GBS), 2009, p. 224.

torizador Robert Gellately, ese mismo año, en Jarkov, Ucrania, tres alemanes y un ciudadano soviético colaboracionista fueron encontrados culpables del fusilamiento y envenenamiento en camionetas de alrededor de 30.000 ciudadanos pacíficos. En cada uno de los procesos las fiscalías mostraron el carácter sistemático de los delitos. Sin embargo, los tribunales soviéticos “olvidaron un hecho crucial: que, en su inmensa mayoría, las víctimas eran judías”²⁹. Años después las cifras lo confirmarían: sólo en la Unión Soviética, más de tres millones de judíos fueron asesinados por los comandos de exterminio alemanes que judíos. Se trataba de un dato que revelaba al mundo una realidad terrible. El testimonio de Vasili Grossman tras la expulsión de los alemanes de Ucrania ya era una señal de alarma hacia el mundo en 1944: “No quedan judíos en Ucrania [...] Todo ha quedado en silencio. Todo un pueblo ha sido brutalmente exterminado”³⁰. Lo mismo había sucedido con los judíos en el resto de los países ocupados. La cifra en toda Europa alcanzó más de cinco millones de vidas.

La solución final del problema judío: una estructura criminal sin precedente

Desde la ascensión de los nazis al poder, los judíos en Alemania fueron viendo reducidas sus condiciones materiales de vida a través de disposiciones especiales y leyes de excepción. En el 33 fueron expulsados del servicio público y dos años después de todo espacio de sociabilidad: se prohibieron los matrimonios mixtos. Una serie de decretos a partir de 1938 decidieron la arianización de todas las empresas judías: se les despojo de todo patrimonio. Al final, se les prohibió el ejercicio profesional y se les puso de mano de obra barata. En este límite, despojados ya de todo estatuto jurídico y humano, vino la persecución policial, la concentración y la deportación a campos de concentración en donde la mayoría encontraría la muerte. La misma ruta se replicaría con los judíos en todas las zonas de ocupación durante la guerra. Ya no se trataba simplemente del terror contra el terror en una lucha que rebasa toda proporción de fuerza,

29. Gellately, Robert, *La maldición de Stalin. La lucha por el comunismo en la guerra mundial y en la guerra fría*, trad. Cecilia Belza y Gonzalo García, Pasado Presente, Barcelona, 2013. p. 224.

30. Beevor, *óp. cit.* p. 311.

sino de una política con toda la infraestructura del Estado encaminada a reducir y eliminar a un pueblo.³¹

Hasta la concentración en guetos en las zonas de ocupación, la política antijudía de los alemanes había reducido las condiciones materiales de una población hasta el límite de comprometer su sobrevivencia como tal. Sin embargo, ésta sólo sería una fase de transición. En la llamada Conferencia de Wannsee en marzo de 1941, se decidiría que el mecanismo para dejar Europa “limpia de judíos” no sería la expulsión, sino la eliminación. Sucedería sin grandes escándalos. Se trataría de un crimen cometido por un número inquietante de personas y en el ámbito de una división racional del trabajo, y este es un punto esencial a considerar.

Se trata de una criminalidad que no se corresponde adecuadamente con el delito contra la paz o con los crímenes de guerra. Por su naturaleza y estructura, quedan muy cortos estos conceptos para calificar las operaciones de los comandos de exterminio (*Einsatzgruppen*) contra la población judía en las zonas del Báltico y Ucrania o el uso de cámaras de gas en centros de exterminio. Sería difícil aceptar hoy día que la deportación y eliminación de judíos durante la guerra, –con todo el despliegue de infraestructura que requería: persecución, concentración y traslado a cámaras de gas–, pudiera considerarse un exceso criminal del soldado en pos de la victoria.

El tribunal de Nuremberg pudo demostrar al mundo que la guerra de Hitler había atentado contra el Derecho de todos, asimismo, que los medios que había desplegado en ella fueron contrarios a los principios esenciales del derecho de guerra. Esto constituyó el propósito esencial de la fiscalía y fue cabalmente cumplido. Sin embargo, el tribunal no pudo ser el enjuiciamiento sobre una política de Estado que coordinó a un amplio cuerpo burocrático, sin cuya experiencia técnica en la administración pública, difícilmente la tarea de dejar a Alemania limpia de judíos se hubiera podido desarrollar con tanta eficacia.

Como sostiene Raúl Hilberg, al limitar el enjuiciamiento penal a los delitos contra la paz o a los crímenes de guerra, el Tribunal de Nuremberg abrió

31. Hilberg, Raul, *La destrucción de los judíos europeos*, vol. 33, AKAL, 2005, p. 28-29.

un espacio de impunidad frente a infinidad de acciones que el Estado alemán había cometido contra sus propios ciudadanos o bien, ante crímenes que si bien se llevaron a cabo en el transcurso de la guerra y en países bajo su ocupación, -particularmente en la Unión Soviética-, no tenían conexión material alguna con la lucha militar, antes bien, respondían al principio de una política demográfica que pretendía, tanto en tiempo de paz como de guerra, una Europa limpia de judíos³². Los redactores del Estatuto fueron conscientes de la complejidad del problema. Se propuso entonces el delito de lesa humanidad; una categoría distinta a los delitos contra la paz y los crímenes de guerra, pero no independiente. Es decir, por éstos se entenderían acciones tales como asesinato o intimidación contra la propia población, pero no por sí mismas, sino en la medida en que pudiera demostrarse que estaban insertas en la conspiración de una guerra que había involucrado a todas las naciones del mundo.

Ahora bien: ¿Podemos hablar de alguna relación entre la guerra y los crímenes específicos contra la población judía en Europa? Es decir, ¿puede ser válido el argumento de las políticas contra los judíos como una medida justificada por las necesidades bélicas? Las palabras de Goebbels en torno a la política antijudía en 1939, "Gracias a Dios, ahora durante la guerra tenemos toda una serie de posibilidades que nos estarían prohibidas en tiempos de paz. ¡Debemos aprovecharlas!>>, no nos dejan espacio para dudar.³³

Hasta 1941 los crímenes del nacionalsocialismo no rebasaron el límite de la concentración y la deportación que, si bien delitos internacionales, todavía pueden justificarse en los términos de la necesidad bélica: de un enemigo natural. Pero cuando los nazis determinaron que el mecanismo para la Solución Final del Problema Judío no sería la expulsión sino la eliminación, entonces se nos presentó un fenómeno criminal sin precedentes; que ya no correspondía a ninguna categoría penal hasta entonces conocida. Arendt expone al respecto:

La expulsión de nacionales constituye ya un delito contra la humanidad si por humanidad entendemos la comunidad de naciones únicamente. Tanto el delito nacional de la discriminación legalizada como el delito internacional de la expulsión no carecían de precedentes, incluso en la época contemporánea.

32. *Ídem*, p. 345.

33. Vidal, Cesar, *El holocausto*, Alianza, 2013.

Entonces fue cuando el régimen nazi declaró que el pueblo alemán no quería judíos en Alemania, y que, además, deseaba que la totalidad del pueblo judío desapareciera de la faz de la tierra, con lo que un nuevo crimen, un crimen contra la humanidad –en el sentido de crimen contra la condición humana o contra la naturaleza de la humanidad–, hizo su aparición en la historia. La expulsión y el genocidio, ambos delitos internacionales, deben considerarse a parte, la primera es un delito contra las otras naciones, y el segundo es un ataque a la diversidad humana como tal, es decir, a una de las características de la condición humana, sin la cual los términos humanidad y género humano carecerían de sentido.³⁴

La eliminación de los judíos no fue la conclusión de un conflicto que llegó a un límite en cuanto a los recursos de la fuerza. El exterminio no fue la consecuencia de un espíritu de colonización o saqueo, sino la consecuencia de una política que consideraba que los judíos, junto con otros pueblos, no debían habitar la tierra. Las palabras de Himmler ilustran con precisión esta nueva pedagogía criminal: ‘Tenemos el derecho moral con relación a nuestro pueblo de aniquilar a este pueblo [...]. Pero no tenemos derecho a quedarnos con una sola piel, un solo reloj, un solo marco, un solo cigarrillo, o cualquiera otra cosa’³⁵. En todo caso, como señala Arendt, no es su inutilidad lo que más nos consterna, sino su carácter absolutamente anti-utilitario; que llegara el extremo de utilizar una gran cantidad de infraestructura administrativa y material para deportar judíos a campos de exterminio, antes que para ganar la guerra: era “como si los nazis estuviesen convencidos de que más importante que ganar la guerra era administrar fábricas de exterminio”³⁶.

La fiscalía de Nuremberg no sólo no pudo mostrar la vinculación de esta violencia estatal en contra de los judíos con la conspiración de una guerra criminal, esto es, no pudo advertir que los delitos de lesa humanidad constituirían una categoría distinta, pero, además, independiente de los crímenes de guerra o contra la paz. En consecuencia, tampoco pudo determinar que estos crímenes son de competencia internacional puesto que constituyen una amenaza, pero

34. Arendt, Hannah, and Carlos Ribalta, *Eichmann en Jerusalén*, Debolsillo, 2005, p. 391.

35. Hilberg, óp. cit., p. 116.

36. Arendt, Hannah, *Ensayos de comprensión: 1930-1954; escritos no reunidos e inéditos de Hannah Arendt*, vol. 54. Caparros editores, 2005, p. 284.

no a la seguridad internacional, sino a la posibilidad de que un orden de ciudadanía futura, la humanidad prevalezca en su esencial la pluralidad.

La eliminación de más de cinco millones de judíos durante la guerra alcanzó la dimensión de lo imperdonable, de lo que ya no deja perspectivas de éxito. Sin embargo, la monstruosidad de los hechos contrasta abismalmente con el carácter ordinario de sus perpetradores. Como ha señalado Arendt, los nazis pudieron desarrollar la *solución final* bajo el supuesto de que los peores criminales no son los sádicos ni los fanáticos, sino las personas comunes y corrientes, los padres de familia. Así pues, ciudadanos que desempeñaban con toda laboriosidad un oficio terminaron participando directamente en los peores crímenes, y lo que es más significativo desde la perspectiva de la culpa criminal, dentro de un orden legal existente.

En la Alemania nazi los crímenes tuvieron el estatuto de ley. Existen registros significativos de ello. Tomemos tan sólo uno del libro de Hilberg. Durante la primera fase del proceso de exterminio, cuando los comandos de las Einsatzgruppen fusilaban a mujeres, ancianos y niños al borde de zanjas repletas de cadáveres, sobrevino en las tropas una plaga de sadismo y de comportamientos extremos. El efecto moral que habían tenido aquellas matanzas colectivas se proyectó en un incremento en los casos de violación, alcoholismo y pillaje. La Dirección de las SS tomó medidas concretas. El exterminio era un proceso; el asesinato no podía ser arbitrario.

Se redactaron protocolos y se estableció entonces la distinción entre los asesinatos por orden y los inducidos por el deseo: "En el primer caso, se pensaba que un hombre había superado las debilidades de la moral cristiana, en el segundo, su propia bajeza lo había superado". Sencillamente, a quien se sorprendía robando, violando o asesinando por iniciativa propia se le fusilaba. Poco a poco, se fueron desechando a quienes mostraban propensión al sadismo durante las operaciones. Las palabras de Himmler a sus comandos pintan de cuerpo entero esta compleja pedagogía criminal: "Esperamos que seáis sobre-humanamente inhumanos", es decir, anular completamente la piedad humana, pero sin motivo pasional alguno, sin odio o deseo, tan sólo por el del deber de hacerlo.

Sobre esta concepción del deber, podemos explicarnos por qué, al finalizar la guerra, “muchos de los acusados pudieran presentar de haber ayudado a un profesor de física judío, o de haber usados sus influencias para permitir a un director de orquesta trabajar más tiempo o de haber intervenido en favor de un matrimonio mixto”. Se trataba de concesiones que los funcionarios habían hecho para mantener una sensación de decencia: el “destructor de los judíos no era antisemita”, sino alguien dispuesto a ceder, excepcionalmente, a la tentación de no robar, matar o violar³⁷. Como señala Arendt, el mal había dejado de ser una tentación y quizá la inmensa mayoría de alemanes que participaron en las políticas de exterminio estuviera tentada de vez en cuando a no matar y, excepcionalmente, habrá cedido a la tentación, pero por lo general, sabían resistir a ella³⁸.

La idea del ciudadano común y corriente como el personaje típico de los asesinatos en masa, -una tesis que bien podríamos atribuir a Arendt, pero que encontramos ampliamente representada en la literatura soviética desde los años cincuenta-, nos plantea una cuestión moral y jurídica de enorme relevancia. Si atendemos las declaraciones de quienes participaron directamente en los crímenes encontremos una constante en la argumentación moral que bien valdría atender con cuidado. El razonamiento no era “nosotros no lo hemos hecho”, -lo que por cierto niega por completo las tesis revisionistas y negacionistas en torno al Holocausto-, sino “lo hicimos porque nos lo han ordenado”, y a la pregunta, “¿Y por qué no desobedeciste?”, la respuesta era: “para que las cosas no empeoraran”.

Como ha hecho ver la propia Arendt, bajo el mismo autoengaño por el que aceptaron permanecer en sus puestos tras el golpe de Estado en 1933 y por el que resolvieron implementar los decretos y ordenanzas raciales desde entonces, finalmente también aceptaron también en instancia, participar directamente en el exterminio de los judíos, es decir, aun cuando se había cruzado el límite en el que ya nada podía empeorar, cientos de miles de funcionarios mandaban a los judíos a campos de exterminio, con la tranquilidad de conciencia de que no hacerlo podría ser aún peor.

37. Hilberg, *óp. cit.*, p. 117.

38. Arendt, *óp. cit.*, pp. 219-220.

Durante los procesos de Nuremberg, el fiscal Jackson descubrió la falacia de un modo peculiar: "Si les preguntamos por qué siguieron la corriente durante tanto tiempo, nos dirá que lo hicieron para impedir algo peor. Y si les preguntamos, por qué todo empeoró tanto, nos dirán que no tenían poder"³⁹. En este sentido, dice Arendt, no tiene ningún sentido la postura que señala que los que permanecieron, en tanto que pudieron hacer algo para aminorar el sufrimiento de las víctimas, llevan una excusa moral y legal por su participación en los crímenes. La argumentación cae por su propio peso: ellos nada podían hacer para cuando se instruyó la *solución final*; claro, nada más que eludir todo cargo o instrucción de responsabilidad relacionado con esa empresa.

No hay hasta ahora elementos definitivos para sostener que la vida de los criminales nazis corriera peligro en caso de haberse apartado y no colaborar. En el proceso de Eichmann, los jueces descartaron que el acusado pudiera apelar al estado de coacción o de necesidad. Asimismo, el argumento de la eliminación sistemática de judíos como actos de Estado no tiene procedencia. La *solución final* no fue el crimen que garantizaría al Partido la permanencia en el poder. El exterminio no era un programa que tenía por objeto un grupo que se consideraba una amenaza, sino un error del que el mundo se tenía que ver librado de una vez y para siempre. Se trata de los mismos medios criminales que se disponen en situaciones de emergencia –insurrección o golpe de Estado–, pero contra grupos inocentes a quienes se les persigue por ser lo que no pueden dejar de ser. En todo caso, como señala Arendt, el principio del crimen como razón de Estado, sólo puede ser válido en un contexto legal en donde la instrucción criminal es la excepción y no la norma. No se trata del crimen de Estado, sino del Estado criminal en esencia, esto es, en el que todo acto moral es ilegal, y todo acto legal un delito. Arendt lo expone con claridad:

En términos jurídicos, las órdenes que han de ser desobedecidas deben ser «manifiestamente ilegítimas»; la ilegitimidad «debe ondear como una bandera negra que advierta: "Prohibido"». En otras palabras, por lo que respecta a la persona que ha de decidir si obedece o desobedece, la orden debe estar claramente marcada como una excepción, y el problema es que, en los regímenes totalitarios, y especialmente en los últimos años del régimen de Hitler, esa marca correspondía claramente a las órdenes no criminales⁴⁰.

39. Arendt, Hannah, *La última entrevista y otras conversaciones*, Página indómita, 2016, p. 67.

40. Arendt, Hannah, *et al, Responsabilidad y juicio*, Paidós, 2007, p. 67.

Los crímenes del nacionalsocialismo poco tienen que ver con un pueblo antisemita. Los pogromos en Alemania fueron una excepción y la población no colaboraba en ellos, más bien callaba y se retraía. Como relata Hilberg, tras el escándalo social que generó la llamada Noche de los Cristales Rotos en 1938, -cuando más de siete mil tiendas judías fueron destrozadas y más de 200 sinagogas incendiadas-, la élite del Partido determinó transitar a una suerte de antisemitismo científico. El exterminio no podía dejarse a la suerte de una turba enfurecida, el proceso de destrucción debía ser sistemático, pero bajo estas otras directrices, ya no podía ser considerado como una manifestación de antisemitismo, al menos no como hasta entonces había sido conocido en la historia europea. Más bien, se trataba de una violencia criminal absoluta, en tanto que tenía cabida en el contexto de un orden legal. No la irrupción violenta de la sociedad contra una minoría, sino decretos y leyes de excepción administrados -no por forajidos o sádicos perturbados, sino por los miembros de las clases más respetadas. Si no consideramos esto fácilmente caeremos en la coartada de aceptar que los alemanes sucumbieron antes monstruos o ante bestias infernales y no ante ciudadanos comunes y corrientes. El problema de la culpa no puede caer en semejante victimismo. Los perpetradores eran individuos ordinarios que no bajo estado de coacción ni de necesidad, y si bien no plenamente convencidos del propósito de la empresa, estuvieron dispuestos a llevarla hasta sus últimas consecuencias. Esto es quizá lo que mayor consternación pueda dejarnos todo esto: no la dura complicidad de un pueblo que tan sólo podía retraerse y callar, sino la simpatía de la mayoría social con un régimen criminal, primero, y en el extremo, la colaboración directa en los crímenes de un número significativo de alemanes que nunca habían tenido nada que ver con política; que no eran asesinos, pero sobre los que pesa la culpa por los crímenes más graves.

Conclusiones. El juicio de responsabilidad más allá de lo criminal.

Bajo el supuesto de que en Alemania no quedaban más que nazis -puesto que los antinazis habían sido ya eliminados-, la opinión mundial determinó entonces que había de restringir su reconstrucción nacional. Jaspers esperaba que el veredicto pudiera someterse en un futuro a una revisión histórica por parte de los pueblos del mundo. Pero hacía 1946, lo inmediato e impostergable era el

esclarecimiento de esa culpa que había hablado en el interior de Alemania durante doce años. En todo caso, sin una comprensión genuina de esto, la opinión mundial carecerá de los elementos esenciales para considerar hasta qué punto «es políticamente razonable, útil, sin peligro y justo convertir a una nación entera en un pueblo de parias, colocarla debajo del nivel de las otras naciones, seguir degradándola, después de haber renunciado ella misma a su dignidad». 41

Los nazis no encontraron resistencia alguna para asentar un golpe paramilitar y establecer un estado de excepción permanente en 1933. Tampoco cuando comenzaron las ordenanzas raciales. El desacato implicaba ser considerado como un enemigo en un estado de guerra. Poco a poco las medidas de control sobre las libertades se fueron radicalizando. Los procedimientos de la policía secreta eran bien conocidos por todos: largos interrogatorios, desaparición, tortura, confinamiento en campos de concentración. Sin embargo, no es la ausencia de rebelión lo que marca el colapso moral en Alemania, sino cuando amplios sectores de la población alemana, de todas las latitudes laborales y profesionales, colaboraron abiertamente con un régimen que había tomado el poder ilegalmente y que lo ejercía bajo supuestos criminales. Muchos fueron los alemanes que se retiraron de toda manifestación pública. A diferencia de quienes permanecieron en sus puestos o de quienes ingresaron en las organizaciones del Partido en los primeros años, ellos mostraron la valentía suficiente para ver la realidad de frente y no vivir de ilusiones, esto es, conservaron íntegro el único espacio en el que es posible conservar la dignidad bajo un régimen criminal: la sinceridad con uno mismo. Así pues, moralmente no vale el argumento de quienes abrazaron el movimiento desde el comienzo y se declararon decepcionados o engañados con lo que vino después. La ignorancia no puede ser eximente cuando uno mismo ha querido permanecer en la comodidad de no saber nada. Se trata de una culpabilidad que habla en la conciencia moral de un buen número de alemanes: hablamos de quienes asumieron repentinamente un código de comportamiento que terminó alejándolos de amistades de toda la vida; de quienes perdieron toda solidad humanidad con tal de mantener una cierta normalidad de vida.

41. Jaspers, *óp. cit.* p. 69.

De nada servirá que los vencedores reduzcan o amplíen las posibilidades de reconstrucción si los alemanes no son capaces de determinar hasta qué punto su comportamiento –que contribuyó directa o indirectamente en la consolidación de un régimen criminal–, respondió al terror, a la simple conveniencia o a la absoluta insinceridad con uno mismo. Jaspers es muy enfático en ello. Sin el esclarecimiento de esta culpa los alemanes quedarán propensos a caer en un nuevo alboroto y, por tanto, difícilmente podrá hablarse de una auténtico sobre posicionamiento histórico sobre los hechos.

Considero que la verdad jurídica que arrojaron los juicios de Nuremberg no pudo poner en evidencia la radicalidad criminal del Nacionalsocialismo. Es probable que si hubiera puesta más atención en la estructura que había tomado el exterminio de los judíos como política de Estado hubiera podido plantear dentro de la opinión pública una serie de cuestiones y de hechos esenciales para la reconciliación de un pueblo. Tal vez habría podido asentar que las condiciones de represión estatal hacían imposible toda resistencia interna efectiva, pero también, que, sin la colaboración de cientos de personas, difícilmente el régimen nazi habría podido permanecer con el control efectivo del estado y luego, implementar las ordenanzas racionales en contra de los judíos. Quizás, a fuerza de abordar directamente el papel de los ciudadanos en el funcionamiento de una maquinaria de asesinato, los propios alemanes hubieran podido encarar la culpa por haber facilitado la consolidación de un régimen criminal, primero, y luego la perpetración de crímenes abominables después; el hecho de que si bien muchos fueron los que se agazaparon aterrados por los crímenes, muchos fueron también los que nunca perdieron la normalidad de su vida social, sus ocio, como si nada malo estuviera sucediendo. Sin embargo, tal vez esto sea mejor materia de los Informes propios de una Comisión de la Verdad.

Fuentes de consulta

- ~ Arendt, Hannah, and Carlos Ribalta, *Eichmann en Jerusalén*, Debolsillo, 2005.
- ~ _____ *Ensayos de comprensión: 1930-1954; escritos no reunidos e inéditos de Hannah Arendt*, vol. 54. Caparros editores, 2005.
- ~ _____ et al, *Responsabilidad y juicio*, Paidós, 2007.
- ~ _____ *La última entrevista y otras conversaciones*, Página indómita, 2016.
- ~ Beevor, Antony, *Un escritor en guerra: Vassili Grossman en el Ejército Rojo, 1941-1945*, Planeta (GBS), 2009, p. 224.
- ~ Czapsky, J., *En tierra Inhumana*, trad. A. Rubió y J. Slawomirski, Acantilado, Barcelona, 2008.
- ~ Ehrenburg, Ilya, *Hombres, años, vida: Primer libro de memorias*, trad. Esteban Rimbau y Arturo Roca, "Todos para muchos", Barcelona, 1964.
- ~ Gellately, Robert, *La maldición de Stalin. La lucha por el comunismo en la guerra mundial y en la guerra fría*, trad. Cecilia Belza y Gonzalo García, Pasado Presente, Barcelona, 2013.
- ~ Hilberg, Raul, *La destrucción de los judíos europeos*, vol. 33, AKAL, 2005.
- ~ Jaspers, Karl, *¿Es culpable Alemania?*, trad. Rodolfo Fechter, Nueva época, Madrid, 1948.
- ~ _____ *El problema de la culpa. Sobre la responsabilidad política de Alemania*, trad. Román Gutiérrez Cuatango, Paidós, Barcelona, 1998.
- ~ Shirer, William L, *Mi diario en Berlín. Notas secretas de un corresponsal extranjero. 1934-1941*, trad. Daniel Cosío Villegas, Nuevo Mundo, 1942.
- ~ Snyder, Timothy, *Tierras de sangre*, trad. Jesús de Cos, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2010.
- ~ Vidal, Cesar, *El holocausto*, Alianza, 2013.

Capítulo II.

Miradas filosóficas sobre los derechos humanos

IV. Más allá del esencialismo y el historicismo: los derechos humanos como disposiciones objetivamente normativas

**Gerardo Allende⁴²
Juan Pablo Jaime Nieto⁴³**

Introducción

Para proponer una concepción objetiva de los derechos humanos se debe ir más allá de quienes pretenden sustentar la objetividad en el concepto “humano” y no en el de “derecho”. Se debe ir más allá de quienes pretenden que, al aceptar o negar la esencia o naturaleza humana como fundamento de la dignidad ontológica y moral de las personas, se garantiza o rechaza el soporte objetivo para fundamentar los derechos humanos.

Para el esencialismo, demostrar dicha naturaleza es razón suficiente para argumentar que los derechos humanos no son meras contingencias relativas y dependientes de un contexto social, político y jurídico determinado. Por contraste, el historicismo sostiene que, al no existir tal ingrediente esencial, los derechos humanos carecen de todo fundamento más allá de la comunidad en que se generan ciertos valores morales y leyes positivas. Ahora bien, el punto interesante radica en que “... los derechos humanos no son una clase especial de normas subjetivas, es decir, requieren de un ámbito de aplicación, un sujeto que las ejerza y materialice, así como obligaciones y pretensiones que pueden ser oponibles ante una autoridad”⁴⁴. Para ser derechos, deben contar con objetividad práctica, pero no al costo ontológico absolutista que los esencialistas pretenden, ni con la ligereza relativista de los historicistas.

42. Doctor en filosofía de las ciencias y el lenguaje por la UAM-I. Estudiante visitante en la Universidad de Chicago. Profesor en el Colegio de Derecho de la Universidad Intercontinental.

43. Es licenciado en filosofía por la Universidad del Claustro Sor Juana, maestro en Filosofía Contemporánea Aplicada por la Universidad Autónoma de Querétaro y actual candidato a doctor en Filosofía por la Universidad de Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Profesor del Seminario Diocesano de Celaya.

44. Carreón Perea, Manuel Jorge, *Manual de derechos humanos*, México, Ineppa-Ubijus, 2020, p. 107.

Frente a este dilema proponemos una vía intermedia que ofrece una concepción objetivista pero no esencialista de los derechos humanos y que no tiene que reducirse a meras contingencias. Defendemos que ambos aspectos, más que esencias o contingencias, son disposiciones, es decir, propiedades que sólo se manifiestan de manera relacional y de manera práctica⁴⁵. Las disposiciones, como veremos más adelante, permiten comprender lo que una cosa es en función de lo que hace o puede hacer dada la presencia o ausencia de otro acto. Ser una disposición significa, en pocas palabras, ser comprensible a través del comportamiento relacional. En este sentido, para el asunto que nos atañe, ser un humano no implica poseer tal o cual propiedad esencial distintiva, pero tampoco carecer de fundamentos objetivamente normativos: ser humano es hacerse humano a partir de un conjunto de relaciones y procesos. Desde el punto de vista disposicional, en palabras de Nicholas Rescher, "Solo se puede observar lo que las cosas hacen -a través de sus efectos discernibles- [...] las cosas son simplemente lo que hacen"⁴⁶. Por su parte, el derecho es el que otorga el carácter objetivo, pero no en términos de esencia o naturaleza, sino en términos normativos.

En este sentido y de manera conceptualmente conjunta, los derechos humanos son disposiciones normativamente objetivas que encuentran su criterio de corrección en el actuar con respecto a normas. Para justificar lo anterior, en lo que sigue nos enfocaremos en las críticas historicistas que Richard Rorty (1998) esgrime en contra de las concepciones esencialistas de los derechos humanos. Sostendremos que si bien Rorty muestra que no es necesario apelar a esencias para defender los derechos humanos, también consideramos que su historicismo sentimentalista conduce a un relativismo normativamente inoperante. Argumentaremos también que, al comprender a los derechos humanos como disposiciones normativas, es posible ser objetivistas sin necesidad de ser esencialistas y ser pluralistas sin necesidad de caer en el sentimentalismo y el relativismo.

45. McKritick, Jennifer, "A dispositional account of gender", *Digital Commons*, 2015.

46. Rescher, Nicholas, *Process Philosophy*, The University of Pittsburgh Press, Pennsylvania, 2000, p. 8.

Los problemas del esencialismo y el sentimentalismo de los derechos humanos

Como señala Richard Rorty en "Derechos humanos, racionalismo y sentimentalismo", Platón inauguró un tipo de pregunta filosófica en torno a "qué tienen de especial los bípedos implumes, explicando qué es lo esencial a los seres humanos"⁴⁷. Dicha cuestión está dominada por dos posturas contrastantes: el esencialismo y el antiesencialismo. La concepción esencialista de los derechos humanos encuentra sus fundamentos en la tradición iusnaturalista que viene, por lo menos, desde Platón, pasando por Aristóteles y el tomismo, y se extiende a la modernidad en el iusnaturalismo protestante de John Locke hasta su declaración en el marco de la independencia norteamericana y la Revolución francesa⁴⁸. La tesis central de esta postura es que la persona humana posee una esencia única, que es la condición necesaria para fundamentar la ética, la cual opera como base para toda teoría de los derechos humanos. A pesar de que las objeciones kantianas a la posibilidad de fundar el derecho en la moral y, posteriormente, la crítica de Moore a la falacia naturalista (que el deber ser se deriva del ser) han atemperado el esencialismo en estos términos, lo cierto es que la idea de una naturaleza humana fundante y central para toda concepción práctica de la criatura humana se ha mantenido como base del esencialismo y sus disputas frente al iuspositivismo y el historicismo⁴⁹. Lo interesante, en términos modernos, es que, a raíz del robustecimiento de las ciencias naturales, en especial la biología, el esencialismo no solo apela a una naturaleza humana cuyo gesto distintivo sería un elemento o propiedad espiritual o divina que le otorgaría un gradiente de dignidad ontológica superior, sino que también se refleja en el neoaristotelismo⁵⁰ o en el naturalismo científico⁵¹; es decir, en la idea de que la naturaleza humana puede rastrearse a la luz de la constitución genética y evolutiva, la cual determinaría los derechos que nos son fundamentales e inherentes. El esencialismo, ya sea metafísico o naturalista, sostiene que estos son de carácter fundamental, intrínsecos a toda criatura humana, lo cual

47. Rorty, Richard. *Verdad y Progreso*, Paidós, Buenos Aires, 1998, p. 222.

48. Hierro, Liborio. *Los Derechos Humanos: una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

49. Cfr. Herbert L. A. Hart & Lon Fuller, *El debate Hart-Fuller*, Centro de investigación en Derecho y Filosofía, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

50. Cfr. MacIntyre, Alasdair. *Tras la virtud*, Crítica, Madrid, 2004 y; Foot, Philippa, *Natural Goodness*, Oxford University Press, London, 2001.

51. Cfr. Dennett, Daniel, *La evolución de la libertad*, Paidós, Buenos Aires, 2004; Pinker, Steven, *La tabla rasa*, Paidós, Buenos Aires, 2012 y; Hauser, Marc, *Moral Minds*, Ecco, New York, 2007.

los hace universales, innegociables e incorruptibles frente a las contingencias históricas y sociales. Bajo esta concepción, los derechos humanos son la expresión necesaria y suficiente de aquello que se debe salvaguardar en todo tiempo y lugar para garantizar que se proteja la naturaleza humana en sí misma. En este sentido, para el esencialismo, las criaturas humanas, al hacer explícitos estos derechos, se constituyen como personas que gozan de ciertas propiedades absolutas que están por encima de contextos históricos y contingencias situacionales. En suma, el esencialismo sostiene que: "todo bien común de una sociedad debe ser parte de una interacción de una ley positiva o humana enraizada en la naturaleza humana"⁵².

Una de las justificaciones modernas y contemporáneas para sostener una esencia humana como fundamento de los derechos humanos consiste en un criterio estándar para evitar crímenes en contra de la humanidad como lo sería el genocidio, pero ¿es necesario y, más aún, suficiente, el compromiso ontológico y filosófico con esencias y con una naturaleza humana para evitarlos? El argumento para mostrar lo inoperable del esencialismo es el siguiente:

P1: Si los derechos humanos son esenciales, entonces no podrían violentarse (dejar de manifestarse).

P2: De hecho, los derechos humanos pueden violentarse.

C: Los derechos humanos no son esenciales (modus tollens de P1 y P2.)

Como señala Carreón Perea, los derechos humanos contemplan el resguardo objetivo a través de la norma frente a una posible vulneración:

En este sentido, el documento marco de la Organización con mayor peso entre la comunidad Internacional otorga un valor considerable a los derechos humanos, la dignidad y la igualdad entre las personas, siendo esta última esencial ya que recordemos que, aun en la actualidad, se presentan diferencias, ya sean culturales o institucionalizadas, que impactan en el ejercicio de derechos para algunas personas o grupos, lo cual los coloca en condiciones de vulnerabilidad⁵³

52. Liskka, Anthony J., *Aquinas's Theory of Natural Law: An Analytic Reconstruction*, Clarendon Press, USA, 1996.

53. Carreón, *óp. cit.*, p. 110

Pasemos ahora a ver la manera en que Rorty caracteriza y promueve el sentimentalismo como la mejor alternativa frente al esencialismo. La sugerencia de Rorty es terapéutica: más que dar una respuesta atinada en torno a la naturaleza humana, lo que deberíamos abandonar son las preguntas de ese tipo. Habría que “olvidarse de la pregunta ¿Cuál es nuestra naturaleza? Y a sustituirla por la de ¿Qué podemos hacer de nosotros mismos?”⁵⁴. Lo que debemos hacer es dejar de considerar que la ontología (propiedades esenciales), la historia (situaciones esenciales) o la etología (propiedades naturales) pueden funcionar como “guía para la vida”.⁵⁵

En este sentido, para Rorty “la pregunta sobre si los seres humanos realmente tienen los derechos enumerados en la Declaración de Helsinki no merece la pena de plantearse”⁵⁶. Por ello, sostiene que “nada que sea relevante para la decisión moral separa a los seres humanos de los animales excepto ciertos hechos del mundo históricamente contingentes, hechos culturales”⁵⁷. Esta postura constituye lo que podemos llamar el núcleo del historicismo sentimentalista, el cual, vía los sentimientos más que las razones, vía la empatía afectiva más que el vínculo necesario y metafísico, permiten que el relativismo cultural y la “cultura de los derechos humanos” sean compatibles.

Para Rorty, “la superioridad de la cultura de los derechos humanos no es un argumento a favor de la naturaleza humana universal”⁵⁸, sino un fenómeno que le da preeminencia a ciertas prácticas sociales que propician el respeto de la dignidad y la solidaridad: la superioridad de la cultura de los derechos humanos no es ontológica ni epistemológica, sino moral. El historicismo sentimentalista pretende, entonces, que cambiemos nuestras intuiciones a partir de “manipular nuestros sentimientos”⁵⁹, por ello, afirma que: “el surgimiento de la cultura de los derechos humanos no parece deberle nada a un incremento del conocimiento moral, pero sí todo a las historias tristes y sentimentales que nos han relatado”⁶⁰. La cultura de los derechos humanos debería justificarse y construirse

54. Rorty, *óp. cit.*, p. 222

55. *Ibidem*, p. 223

56. *Ibidem*, p. 224

57. *Ídem*

58. *Ibidem*, p. 225.

59. *Ibidem*, p. 226.

60. *Ídem*

como una especie de educación sentimental y abandonaron la idea de que "la razón es más fuerte que el sentimiento"⁶¹.

Pues bien, a pesar de que estamos de acuerdo con Rorty en lo que concierne a las críticas al esencialismo, nos parece que su historicismo sentimentalista no es la mejor alternativa para reivindicar la cultura de los derechos humanos, pues apelar a sentimientos como ingrediente que propicia el respeto de los mismos, además de cometer una falacia *ad misericordiam*, pues apela al sufrimiento y a las víctimas para explicarse y justificarse, resulta también legalmente inoperante al carecer de criterios de corrección capaces de vincular y generar contextos propicios que garanticen el respeto de los derechos humanos de manera objetiva. Afirmar que el aspecto moral bastaría para que la cultura de los derechos humanos floreciera es una visión un tanto reduccionista.

Ni esencialismo ni sentimentalismo: hacia un disposicionalismo normativo de los derechos humanos

Lo primero que debemos hacer es comprender por separado el contenido conceptual de la idea de "derechos humanos". Como ya hemos adelantado, consideramos que <<humano>> no es una propiedad ni natural ni esencial, pero tampoco una mera contingencia, sino que es una disposición. De igual manera, el <<derecho>> no es ni una esencia absoluta trans-histórica ni un mero aspecto positivo, sino que es un aspecto normativamente objetivo. De esta manera, la conjunción de <<humano>> y <<derecho>> nos conduce a una objetividad disposicional y jurídica suficiente para evitar cualquier apelación al esencialismo o a la contingencia del historicismo sentimentalista.

Veamos entonces de qué manera la idea de derechos humanos, pensada en estos términos, resulta más parsimoniosa. Un ejemplo paradigmático de propiedad disposicional es la fragilidad de ciertos objetos como una copa de cristal o una vajilla de porcelana. A diferencia de una barra de metal o de una pluma de ganso, el primer tipo de objetos tienen la disposición de romperse. Pero la propiedad de ser frágil, la disposición a romperse, no tiene la misma dignidad que otras propiedades

61. *Ibidem*, p. 237.

como el tamaño, la forma o el peso. En otras palabras, podemos decir que las disposiciones no se pueden apreciar en función del estado actual del objeto: la copa de cristal a la que le adjudicamos la disposición a romperse por su fragilidad, no está actualmente rota. Las disposiciones no se dan en virtud de su actualidad, sino de su posibilidad, del comportamiento que podrían manifestar.

En este sentido, las disposiciones son de carácter subjuntivo, cuentan como tales si pueden ser empleadas en condicionales del tipo:

“Si hubiera P, entonces sucedería Q”

Que en nuestro ejemplo expresaría:

“Si la vasija se cayera, entonces se rompería” (manifestando así su fragilidad).

Por utilizar, otro ejemplo, si un objeto esférico es colocado sobre una superficie con pendiente, entonces rodará. Los objetos esféricos tienen la disposición de rodar, pero no lo harán si no se cumplen las condiciones propicias para ello.

Cuando una disposición se actualiza, en ese momento el objeto deja de tenerla: una copa de cristal actualmente rota ya no está dispuesta a romperse, carece de la propiedad que le otorga aquella fragilidad. En suma, una disposición es un aspecto significativo y objetivo de una cosa, pero al cumplimentarse en el propio hecho de su manifestación y no ser actual en todo momento, se distingue de las esencias en el sentido platónico que hemos criticado más arriba.

Entrando en materia, la vulnerabilidad en sentido jurídico sería una disposición de la cual los derechos humanos pretenden ser el resguardo objetivo. Como señala Carreón Perea:

En este sentido, el documento marco de la Organización con mayor peso entre la comunidad Internacional otorga un valor considerable a los derechos humanos, la dignidad y la igualdad entre las personas, siendo esta última esencial ya que recordemos que, aun en la actualidad, se presentan diferencias, ya sean culturales o institucionalizadas, que impactan en el ejercicio de derechos para algunas personas o grupos, lo cual los coloca en condiciones de vulnerabilidad⁶²

62. Carreón, *óp. cit.*, p. 110

Asimismo, Jennifer McKritik (2009) sostiene que las disposiciones son metafísicamente neutrales, pues es posible dar cuenta de algunas que parecen ser contingentes. Por ejemplo, una persona a la que le adjudicamos la disposición de ser valiente podría actuar, en algunos casos, de manera temerosa, sin dejar de ser el mismo objeto. De igual forma, una muñeca de porcelana a la que le adjudicamos fragilidad podría ser barnizada y perder la disposición a romperse sin dejar por ello de ser una muñeca de porcelana. Siendo así, si las disposiciones pueden ser o esenciales o contingentes, *entonces* la adscripción de disposiciones es neutral con respecto a si son esenciales.

Otra característica de las disposiciones es que son no-monotónicas, es decir, el valor de verdad del condicional subjuntivo en que se expresa es sensible a la introducción de nuevas premisas que lo modifiquen. Una disposición es probabilística si es posible que el objeto dispuesto esté en circunstancias de manifestación, pero no se manifieste, pues admite contraejemplos en los cuales, aunque el objeto esté dispuesto y en circunstancias ideales, falla en su manifestación. Por ejemplo, un alcohólico tiene la disposición a beber, pero, a partir de ciertos mecanismos, como la práctica de algún programa de recuperación, es capaz de resistirse a ello.

Ahora bien, ¿cómo se relaciona todo esto con lo que pretendemos argumentar? Se relaciona en el sentido de que, si lo "humano" no es una esencia ni un fundamento, pero tampoco una mera contingencia, entonces es una disposición, ya que cumple con las características arriba expuestas. Para empezar, lo humano es una propiedad de carácter subjuntivo. Tomemos como ejemplo el artículo primero de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*:

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Si bien es cierto que su expresión literal parece sostener un fundamento esencial, cuando lo interpretamos en función de la efectividad práctica que marca el "deben comportarse", lo que muestra no es una necesidad metafísica, sino una condición pragmática:

Si los humanos se comportan de manera fraternal entre sí, entonces se manifestará su libertad, su igualdad y su dignidad, vía el ejercicio de la razón y la conciencia.

Gracias a Rescher, hemos visto que las disposiciones permiten pensar el ser a partir del hacer. Por lo tanto, si <<humano>> es una disposición, se manifestará en el cumplimiento práctico que marca el deber a un comportamiento y se actualizará en las demás propiedades de las que da cuenta el artículo citado. También es cierto que <<humano>> cumple con la característica disposicional de ser metafísicamente neutral. Es preferible pensar en estos términos para comenzar a apuntar el papel significativo que el derecho tiene ante lo humano y sus posibles actualizaciones la función de sus disposiciones. Tal vez el artículo de la *Declaración* que más ayuda a comprender este aspecto sea el sexto:

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Veamos cómo en este artículo, bajo una interpretación disposicionalista, no afirma que lo humano tenga tal o cual propiedad en sentido ontológico, sino que tiene un derecho en sentido relacional: tiene derecho desde la relación dentro de ciertos contextos jurídicos propicios a la personalidad jurídica. Esto también puede expresarse en términos subjuntivos:

Si no hubiera contextos jurídicos propicios, entonces la personalidad jurídica de los humanos no podría manifestarse.

Por esto, como ya hemos afirmado, dada la neutralidad metafísica de lo humano en función de aquello que le otorga personalidad jurídica, necesaria para garantizar los derechos humanos, no es en este aspecto donde puede hallarse la objetividad de éstos, sino en el derecho mismo y su aspecto normativo.

Finalmente, lo humano es una propiedad no-monotónica, la cual, en función de los derechos humanos, se puede apreciar tanto en su aparición como en su desaparición. Si afirmáramos que un derecho humano es esencial, es decir, un aspecto que no cambia su valor de verdad o de existencia en función de los hechos, entonces sería refutable *vía un modus tollens*: cuando se afirma algo como que "Si todos los humanos cuentan con derechos esenciales y las cosas esenciales son incorruptibles", bastaría mostrar que, de hecho, los

derechos humanos son corruptibles, es decir, bastaría mostrar un caso de violación a los derechos humanos para negar el consecuente de dicho condicional y, por consecuencia, negar con validez el antecedente que afirma que todos los humanos cuentan con derechos esenciales, lo cual cambia por completo el valor de verdad y el modo de existencia. En este sentido, existen buenas razones para pensar que lo humano es de carácter no-monotónico.

Es por esto por lo que resulta más parsimonioso pensar que, en efecto, las disposiciones humanas pueden perder su valor de verdad y de existencia, pueden ser violentadas y por lo tanto no permanecer más que gracias a un elemento extra, el derecho, que les da sustento en la realidad objetiva. La redacción del artículo tercero de la Declaración permite ver esto:

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Como se aprecia el "tener" la vida, la libertad y la seguridad, no recae en el concepto propio de lo humano y sus constituyentes ontológicos, sino en el del derecho. Es "tener un derecho a" y no una esencia que motive tal o cual derecho. Una vez superado el esencialismo y el historicismo a la luz del disposicionalismo de lo humano, lo que resta es mostrar cómo es posible soportar dicha disposición de manera objetiva y normativa para que, en la práctica, sea eficaz y vinculante.

Brandom, Klatt y la objetividad de la ley

Lo que mostraremos ahora es que resulta posible armonizar la concepción disposicional de lo humano con la concepción objetivista del derecho. Para ello recurrimos a Matthias Klatt⁶³. El problema que enfrenta es si es posible que existan leyes objetivas, es decir, si es posible que, sin apelar a esencias y sin caer en el relativismo propio de historicismo como el de Rorty, la letra de un estatuto pueda determinar el contenido de una norma y, por tanto, su aplicación sea

63. Klatt, Matthias, "Semantic normativity and the objectivity of legal argumentation", *ARSP: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2004, pp. 51-65; y Klatt, Matthias, *Making the law explicit. The normativity of legal argumentation*, Bloomsbury Publishing, 2008.

condición necesaria para la objetividad jurídica en términos de una universalidad tal que no implique la apelación a la trascendencia, sino a que el contenido de una norma sea comprensible para cualquiera, que el significado sea quien otorgue la objetividad. En pocas palabras, la vía que Klatt sugiere para ir más allá del esencialismo y el historicismo es sosteniendo que la objetividad de la ley depende de la objetividad del significado de la norma que lo expresa.

La base filosófica de la propuesta de Klatt es el pragmatismo normativo de Robert Brandom, el cual depende del papel que las disposiciones juegan para dar cuenta de la objetividad de la representación. Como afirma Brandom “incluso los predicados que expresan las propiedades categoriales más paradigmáticas, tienen como consecuencia el tipo de condicionales subjuntivos que por lo regular apelan a propiedades disposicionales”⁶⁴. Las propiedades disposicionales codifican la mayoría de las inferencias materiales que, como ya hemos dicho, son no-monotónicas. Lo interesante es que para Brandom, “la ubicuidad de la no monotonicidad es evidente en el razonamiento informal ordinario del jardín, la cocina y el taller, así como en el razonamiento institucionalizado de la corte legal y del consultorio médico o de las ciencias especiales”⁶⁵. En este sentido, la disposicionalidad es propia del ámbito jurídico y esto se refleja en los derechos humanos, pues autoriza plantear una normatividad semántica al aceptar que “existe una vía de validez intersubjetiva para distinguir entre usos correctos e incorrectos de conceptos”. Por lo tanto, como afirma Klatt, “la práctica de atribuir significados permite el significado de los conceptos radique en su uso”⁶⁷, y gracias a ello la validez objetiva del derecho está garantizada “por las asunciones intersubjetivas básicas y por el elemento común de la práctica universal de las aserciones”⁶⁸.

En suma, para los fines que aquí perseguimos, la vía que Klatt abre a través de Brandom, nos permite afirmar que la objetividad suficiente para que los derechos humanos resulten efectivos sin la necesidad de compromisos ontológicos no se encuentra en lo humano, sino en el concepto mismo de derecho: lo

64. Brandom, Robert, *From Empiricism to Expressivism*, Harvard University Press, Massachusetts, 2015, p. 71.

65. Brandom, *óp. cit.*, p. 72.

66. Klatt, *óp. cit.*, p. 53.

67. *Ibidem*, p. 52.

68. *Ibidem*, p. 60.

interesante de las disposiciones es que, sin necesidad de ser esenciales, tampoco son meramente contingentes, es decir, son objetivables. Los derechos humanos tienen la disposición de ser objetivos en virtud de la objetividad normativa de las leyes que los soportan, lo que lleva, incluso, al desarrollo de acciones verificadas en el campo institucional, como describe nuevamente Carreón Perea:

Las vías o medios jurisdiccionales de protección a los derechos humanos, son aquellos que se enmarcan en un proceso de naturaleza jurisdiccional y que constituyen una forma de control de constitucionalidad de las conductas de las autoridades⁶⁹

Conclusión

Gracias a lo aquí expuesto, consideramos que, si el fundamento de los derechos humanos no es esencial ni contingente, entonces no son esenciales ni contingentes. Por lo tanto, los derechos humanos son metafísicamente neutrales con respecto a lo esencial y lo contingente. Si los derechos humanos son metafísicamente neutrales con respecto a lo esencial y lo contingente, entonces pueden ser plurales. Si los derechos humanos son plurales entonces resulta más plausible concebirlos como fundados en el pluralismo de las disposiciones.

69. Carreón, *óp. cit.*, p. 136.

Fuentes de consulta

- ~ Brandom, Robert, *From Empiricism to Expressivism*, Harvard University Press, Massachusetts, 2015.
- ~ Carreón Perea, Manuel Jorge, *Manual de derechos humanos*, México, Ineppa-Ubijus, 2020.
- ~ Dennett, Daniel, *La evolución de la libertad*, Paidós, Buenos aires, 2004
- ~ Foot, Philippa, *Natural Goodness*, Oxford University Press, London, 2001.
- ~ Hauser, Marc, *Moral Minds*, Ecco, New York, 2007.
- ~ Herbert L. A. Hart & Lon Fuller, *El debate Hart-Fuller*, Centro de investigación en Derecho y Filosofía, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- ~ Hierro, Liborio, *Los Derechos Humanos: una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- ~ Klatt, Matthias, "Semantic normativity and the objectivity of legal argumentation", *ARSP: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2004.
- ~ _____ *Making the law explicit. The normativity of legal argumentation*, Bloomsbury Publishing, 2008.
- ~ Liskka, Anthony J., *Aquinas's Theory of Natural Law: An Analytic Reconstruction*, Clarendon Press, USA, 1996.
- ~ MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, Crítica, Madrid, 2004 y; Foot, Philippa, *Natural Goodness*, Oxford University Press, London, 2001.
- ~ McKritick, Jennifer, "A dispositional account of gender", *Digital Commons*, 2015.
- ~ Pinker, Steven, *La tabla rasa*, Paidós, Buenos aires, 2012.
- ~ Rescher, Nicholas, *Process Philosophy*, The University of Pittsburgh Press, Pennsylvania, 2000.
- ~ Rorty, Richard, *Verdad y Progreso*, Paidós, Buenos Aires, 1998.

V. Derechos humanos y filosofía

Fernando Montoya⁷⁰

¿Qué entendemos por Derechos Humanos?

En muy variadas ramas de la filosofía, como son la filosofía del derecho, la filosofía política y la ética, existe una amplia discusión sobre el concepto de "derechos humanos. Esta doctrina se extiende más allá del Derecho, conformándose como una base ética y moral que debe fundamentar la regulación del orden, no solamente jurídico, sino económico y geopolítico, por mencionar algunos ejemplos, entendiendo que las personas son los únicos destinatarios de estos derechos como exigencias que brotan de la propia condición de su ser y que para su reconocimiento, o muestra patente de su existencia, se requiere respeto, tutela y promoción en el ámbito civil, cultural, político y estatal.

Así, en gran medida, afirmamos que de la concepción que nosotros tengamos de los derechos humanos dependerá la clase de Estado que deseamos defender y proteger, así como la forma de distribuir los recursos y servicios en la sociedad.

De tal manera veremos que la validez, el contenido e incluso la existencia de los derechos humanos son objeto de un constante debate en el ámbito de la filosofía y de la ciencia política, esto es, los derechos humanos pueden ser observables desde:

70. Doctor en Ciencias Sociales por la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Deusto, Bilbao, España y Maestro en Filosofía Política por la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en consejos económicos y sociales, en mecanismos de participación ciudadana, así como en el estudio de la pobreza en el marco de los derechos humanos.

- a) La naturaleza (como sucede con el *iusnaturalismo*, corriente filosófica que afirma que al menos una parte de las normas convencionales del Derecho y la moral, están asentadas en principios universales e inmutables basados en la naturaleza de los individuos); o bien,
- b) Desde la **Razón** (*iusracionalismo*) siendo Grocio uno de sus más destacados representantes y quien señala que las normas de convivencia existentes en las sociedades son naturales, inherentes al ser humano, constituyéndose como objetos del derecho positivo;
- c) Como determinados por los contextos en los que es posible conocer a la Historia, entendiendo este punto, como el conjunto de ideas o posiciones ideológicas y filosóficas que se tengan sobre los derechos humanos a través de diversos momentos históricos; o bien,
- d) Desde la postura del **iuspositivismo** (mejor conocida como positivismo jurídico) cuya principal tesis radica en la separación conceptual entre el derecho y la moral (esto es, que, dado que el Derecho existe con independencia de su correspondencia o no con una concepción moral una norma jurídica no tiene condicionada su existencia a su moralidad).

Para nuestro propósito de estudio, consideramos a los derechos humanos como aquellas normas, prerrogativas, facultades y libertades que les son constitutivos a la naturaleza del individuo y cuyas características esenciales se reflejan en su *supra temporalidad* (pertenecientes al ser humano como individuo de una especie y que están por encima del tiempo), *universalidad* (que pertenecen o se extienden a toda la humanidad, sin distinciones) y *constante cambio*, que se refiere a la concreción de las exigencias y necesidades de los individuos en cada momento histórico. Desde luego destacados los principios generales en que se fundan los derechos humanos, según lo establecido en la Declaración de los Derechos Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: la libertad, la paz, la justicia, la igualdad, la seguridad, el medio ambiente, la vida⁷¹, que reconocen la dignidad intrínseca de los derechos de los seres humanos, enunciando, fundamentalmente, el Artículo 25

71. Fundamentos inscritos en los artículos de la Declaración de los Derechos Humanos. Cfr. ONU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Asamblea General, Nueva York, 1948.

de la Declaración que hace mención de las necesidades básicas que constituyen los objetos precisos de los derechos humanos.

¿Qué entendemos por Derecho?

Para ir dando con una definición más amplia de los derechos humanos, resulta importante asumir una postura respecto a qué es Derecho. En primer término, el Derecho es todo aquel orden normativo e institucional de la conducta humana que reside en sociedad, inspirado en estructuras axiológicas (como es la justicia), y por el cual, las relaciones sociales determinan su carácter. H. L. Hart apunta que:

La existencia de un sistema jurídico implica las actitudes y la conducta que van involucradas en la aceptación voluntaria de reglas, y también las actitudes y la conducta, más simples, involucradas en la mera obediencia o aquiescencia. De aquí que una sociedad en la que hay derecho está compuesta por aquellos que ven sus reglas desde el punto de vista interno como pautas o criterios de conducta aceptados, y no meramente como predicciones dignas de confianza de lo que los funcionarios les harán si desobedecen.⁷²

Así, el Estado, como productor del derecho positivo, (esto es, del único derecho formal) se asume como el regulador de las normas y el ejecutor del cabal e irrestricto cumplimiento de la ley. Sin embargo, cabría señalar que la evolución de la *cultura jurídica* suele reservarse cada vez más a la sociedad misma.

Uno de los autores que se ocupó primeramente de esta idea fue Lawrence Friedman, quien refirió al sistema legal como el universo de los requerimientos que enfrentan las instituciones jurídicas (esto es, como el derecho visto como un proceso actualmente operante en cierta sociedad), así como sus respuestas (y los efectos de éstas), sus componentes estructurales (es decir, las instituciones jurídicas, su estructura y el modo en cómo proceden), sus componentes sustantivos (normas jurídicas que el sistema produce como resultado frente a las demandas de la sociedad) así como sus componentes culturales (las actitudes

72. Hart, Herbert Lionel Adolphus, and Genaro R. Carrió, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 249.

y valores que con respecto al derecho prevalecen en una sociedad en ciertos momentos históricos, por ejemplo: los hábitos de los jueces y abogados, las actitudes de las personas al recurrir a los abogados, entre otras)⁷³. Esta red de actitudes, creencias y valoraciones compartidas es la que se denomina cultura jurídica.

Ahora bien, para obtener un concepto de Derecho que sea acotado resulta necesario circunscribirlo a la esfera de lo moral⁷⁴. La moral, además de ser una fuerza axiológica que se encuentra inmersa en el ámbito privado de la persona, se pone de manifiesto en el reconocimiento individual de ideales que no son necesariamente compartidos o considerados como fuentes de crítica al obrar ajeno, ni como fuentes de crítica a la sociedad como un todo, sin embargo, los valores perseguidos por los individuos son por lo menos análogos a algunos valores reconocidos por la moral de su propia sociedad por lo que se constituye, *a posteriori*, un ordenamiento propiamente jurídico.

Si hablamos de algún elemento jurídico a la soberanía de la persona (entendiendo este tipo de soberanía como un poder intransferible y que le es consustancial a su ser), podríamos referirnos, por ejemplo, a:

- a) Las facultades auto potestativas de la persona, que se definen como aquellas reglas positivas que establece el derecho frente a la decisión personal de seguirlas o no (aun cuando uno está obligado a hacerlas): *"la potestad es la derivación de la soberanía que atribuye a su titular una posición de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con él se relacionan y lleva ínsita una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás..."*⁷⁵; o bien,
- b) A través de elementos "prejurídicos", es decir, aquellas propiedades que le son potenciales al ser humano como tal (como la razón misma) y

73. Friedman, "Lawrence, Legal culture and social development", *Law and the behavioral sciences*, Indianapolis, 1969, p.1000 y ss.

74. La Real Academia de la Lengua define como moral aquello "que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano". *Cfr.* Real Academia Española, "Diccionario de la lengua española, 22 a. edición, Madrid, España, Editorial Espasa Calpe Sociedad Anónima, 2001.

75. Zepeda, Jorge Antonio, "Ejercicio de las potestades judiciales", *Anales de Jurisprudencia*, 234, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998, p.126.

que después de un proceso intersubjetivo podrán circunscribirse ya a la esfera de lo contractual, o bien, a la jurídica como son, por ejemplo, la justicia, la seguridad, la conservación de la vida, entre otros.

Al respecto, Francisco Laporta considera que los derechos humanos son algo que se encuentra antes, o incluso *más allá*, de los enunciados deónticos típicos (enunciados que refieren un acto de carácter obligatorio) e incluso, también, más allá de los enunciados normativos, bien sea de normas de conducta o de normas de competencia: *Lo que quiero decir es que los derechos son algo que, por así decirlo, están antes que las acciones, pretensiones o exigencias, antes que los poderes normativos, antes que las libertades normativas y antes que las inmunidades de status*⁷⁶. Sin embargo, no resulta claro, en el texto de Laporta, si tales entidades son en cualquier caso relativas a un sistema normativo o si se encuentran antes o *más allá* de los sistemas normativos. Para Manuel Atienza, este argumento podría acusársele (a Laporta) de confundir derechos con el fundamento de los derechos⁷⁷. Esto es, los derechos propiamente (morales, jurídicos, humanos) con los fundamentos que hacen posibles tales derechos (libertad).

El Derecho Natural: el preámbulo a los Derechos Humanos

Teniendo en consideración algunos principios definitorios del concepto de derecho, cabría revisar, ahora, la noción de derecho natural. Nicola Abbagnano, considera, por ejemplo, que un análisis del contrato de los derechos vigentes en las diversas sociedades humanas, así como de su carácter imperfecto, se condujo a la idea de un derecho natural (para condicionar su validez) como fundamento de todo derecho positivo. Para él, el derecho natural es una norma constante que garantiza la creación de un mejoramiento en el orden de la sociedad humana, además de ser la "perfecta racionalidad de la norma"; los derechos positivos, en cambio, son una realización imperfecta (según él) con "aproximaciones de esta normatividad perfecta"⁷⁸.

76. Laporta, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", *Revista de Filosofía Doxa*, 4, Universidad de Alicante, España, 1987, p. 27.

77. Atienza, Manuel y Juan Ruíz Manero, "A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta", *Revista de Filosofía Doxa*, 4, Universidad de Alicante, España, 1987, p. 69.

78. Abbagnano, Niccola, *Diccionario de Filosofía*, FCE, México, 2000, p. 293.

Abbagnano señala dos fases, en las que considera, se gestaron los principios de los derechos naturales. Una de ellas es la fase antigua, la cual el derecho natural es observado a través de la implicación de la comunidad humana en el orden racional del universo. Para algunos filósofos estoicos⁷⁹, dicha participación de los seres vivientes en el orden universal se basa por medio del ejercicio racional de las personas, en el que a veces el derecho natural es interpretado como instinto y a veces como una participación en el orden universal ligado a Dios. En la fase moderna, Abbagnano sitúa al derecho natural como la disciplina racional que le es indispensable a las personas en sus relaciones intersubjetivas. En esta fase en particular, el autor nos comenta que el derecho natural presenta con precisión el concepto de una técnica que permite mediar las relaciones humanas de la manera más contundente⁸⁰.

La doctrina del derecho natural es, por tanto, parte de una concepción más antigua de la naturaleza, en la que el mundo empírico (u observable) no es un escenario sólo de regularidades como son los cambios recurrentes entre el mundo de las cosas inanimadas y vivientes, así como también el conocimiento de la naturaleza no es simplemente un conocimiento de ellas. De acuerdo a este punto de vista, cada tipo nombrable de cosas existentes o humanas, están concebidas no sólo como que tienden a mantenerse en existencia, sino también al dirigirse hacia un estado preciso, sea un bien o un fin. Hart apunta:

Porque en el punto de vista teleológico del mundo, el hombre, como las otras cosas, es concebido como tendiendo hacia un estado específico óptimo o fin que ha sido establecido por él. Y el hecho de que, a diferencia de las otras cosas, el hombre pueda hacer esto en forma consciente...⁸¹.

Hart considera, por ejemplo, que hay ciertos principios de conducta humana que son descubiertos por la razón de las personas, con los que el derecho elaborado por éstos debe concordar para ser válido. Y para ello, el autor se vale de la libertad como el mínimo fundamento recogido del derecho natural que fundamentará al derecho propiamente positivo.

79. Un claro ejemplo fue Diógenes Laercio, quien consideraba que la participación de los seres vivientes en el orden cósmico se efectuaba por medio del instinto animal y la razón que es propia de las personas.

80. Abbagnano, *óp. cit.*, pp. 293-299.

81. Hart, *óp. cit.*, p. 235

Por su parte, Norberto Bobbio, bajo la línea historicista del derecho, comenta que los derechos naturales (vistos como un conjunto de teorías filosóficas que recogen fundamentos de la naturaleza humana, poseedores de fundamentos de validez universal y a su vez carentes de una eficaz práctica), llegaron en un momento de la historia a ser acogidos por las constituciones políticas modernas, siendo eficaces jurídica y universalmente, pero *sólo en los límites en los que venía reconocida por parte de aquel determinado Estado*, convirtiendo al sujeto de una comunidad estatal en un sujeto también de la comunidad internacional, potencialmente universal⁸². Dworkin, por ejemplo, se valdrá de la igualdad que todos tenemos ante la ley como aquel fundamento sustancial mínimo del derecho.

Así, Herman Heller, ideólogo de la Teoría del Estado, afirma que la creencia que hubo sobre el Derecho Natural racional (teorías sobre cómo el derecho debe ser) en un orden natural de validez universal, se vio amenazada y (según el autor) "destruida" en el momento en que analizados los elementos concretos contenidos en el Derecho Natural (el cual se pretendía absoluto), se descubrieron que eran meramente expresiones de las situaciones histórico-sociales de intereses de determinados grupos (siglos XVII y XVIII), cuya situación económica y política ascendía aún más⁸³. Para este autor, la concepción *iusnaturalista* ha representado un importante momento en la formación y desarrollo de las ciencias políticas modernas, pues, se debe a ella, la afirmación de que la realidad política sólo puede comprenderse, o bien, interpretarse, como actividad humana⁸⁴. "El derecho positivo, en cambio, no es una ordenación natural, sino que pertenece al grupo de ordenaciones sociales que nunca seguimos de manera absoluta y sin excepciones sino, tan sólo, por regla general"⁸⁵.

Por tanto, se considera que, dentro de las ordenaciones normativas, el derecho positivo se distingue de las reglas convencionales, por la manera en que se asegura y se establece su cumplimiento (Estado). Las normas sociales, (vistos desde esta óptica) deben su nacimiento y cumplimiento a actos de voluntad humana. En cambio, el orden jurídico tiene a su disposición una orga-

82. Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p.39.

83. Heller, Herman, *Teoría del Estado*, FCE, México, 1971, p. 21.

84. *Ibidem*, p. 34.

85. *Ibidem*, p. 200.

nización (órganos del Estado) la cual tiene la tarea de garantizar el nacimiento y mantenimiento del Derecho. Finalmente, para Heller, "decir que la voluntad de Estado es la que crea y asegura el derecho positivo es exacto si, además, se entiende que esa voluntad extrae su propia justificación, como poder, de principios jurídicos supra positivos"⁸⁶. Los cuales, sin ser referidos expresamente por el autor, son fundamentos que hacen posible al derecho (justicia, libertad) inmersos en una esfera axiológica y ética; y que, más que ser tratados en un orden jurídico (distinto al derecho positivo), son observados como objetivamente válidos, con juicio de valor de validez general y postulados (normas generales) que parecen tener un fundamento suficiente en la naturaleza humana, o bien, en la dignidad de la persona.

Ahora bien, las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo son, pues, relaciones entre conjuntos normativos (y valorativos), pues para la ciencia del derecho se requiere de un lenguaje adecuado que permita la formulación, no sólo de las normas legales, sino de principios morales y valorativos. Postular la subalternación del derecho a la moral, o del derecho positivo a un derecho natural, implica concebir al derecho como parte de la moral, quizás porque se entienda que la noción de deber u obligación adquiere su sentido primario en el ámbito moral.

A todo ello, la doctrina de los derechos humanos ha sido influida por la filosofía dominante en el momento histórico en que se gestó, partiendo de concepciones del ser humano muy diferentes, como fue la doctrina iusnaturalista, que para justificar la existencia de derechos pertenecientes a la persona en cuanto tal, independientemente del Estado, partía de la hipótesis del estado de la naturaleza, donde los derechos humanos eran pocos y esenciales: por ejemplo, el derecho a la vida y a la supervivencia, que incluye el derecho a la libertad.

En cuanto teorías filosóficas, las primeras afirmaciones de los derechos humanos (como son los derechos naturales) son simplemente la expresión de un pensamiento individual: son universales en cuanto al contenido, esto es, en cuanto se dirigen a la persona racional fuera del espacio y del tiempo, así como limitadas respecto a su eficacia, en cuanto que son propuestas para un legislador futuro ya que sirvieron para sustentar un orden social (que en nuestro país

86. *Ibidem*, p. 210.

se traducían en las Garantías Individuales) y mundial (Declaración Universal de los Derechos Humanos).

Clasificación de derechos humanos: civiles y políticos; económicos, sociales, culturales y ambientales.

Considerando las bases originarias por las que se funda el derecho a través de un ejercicio racional e interpersonal de los sujetos que a su vez conforman sociedades para regularse individual y colectivamente, así como lo señalado por el derecho natural en el siglo XVII y siglos posteriores, podremos dar, con mayor precisión, con una exposición definitoria del concepto de los derechos humanos: los civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales y ambientales.

Como lo hemos definido en este capítulo, los derechos humanos se entienden como todo un conjunto de facultades, prerrogativas y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos también los recursos y mecanismos de garantía de todos ellos, reconocidos en el ser humano, considerado en su individualidad, así como en su colectividad.

Los derechos humanos aún con su problemática filosófica, religiosa, política y social, han sido preocupación en el devenir histórico de la humanidad.⁸⁷ El reconocimiento jurídico de los derechos humanos constituye un fenómeno relativamente reciente, producto de un proceso gradual de formulación normativa que se ha presentado por diversas etapas:

La noción de los derechos humanos es en gran parte, producto de la historia y de la civilización, y, por tanto, sujeta a evolución y modificación. También la concepción de los derechos humanos ha conocido varias etapas. Así, el concepto de los derechos humanos fue en su origen un concepto político que se traducía en el respeto por parte del Estado de una esfera de la libertad y autonomía de la persona humana⁸⁸.

87. Podemos señalar que uno de los hitos de los derechos humanos se dio con el fin del absolutismo, fundamentalmente a través de dos movimientos sociales y políticos: la Independencia Norteamericana y la Revolución Francesa, que estuvieron sustentadas filosóficamente por el liberalismo.

88. *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo III, séptima Parte, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983, p. 263.

Son los gobiernos (o la autoridad) quienes están obligados a no intervenir en este conglomerado de derechos civiles que velan por la libertad, la integridad física y moral de la persona humana, así como en su seguridad. Ante ello, el Estado moderno deberá esforzarse cada vez más por ser un instrumento al servicio de las personas que dependen de la jurisdicción en las que se encuentran circunscritas, a la vez de permitirles el pleno desarrollo de sus facultades tanto en el plano individual como en el colectivo. Los poderes públicos tienen también el deber de asegurar los derechos civiles y políticos contra todo ataque por parte de aquellos sectores sociales que disponen de un mayor poder económico, tecnológico y científico.

Ahora bien, la más reconocida y usada clasificación de los derechos humanos es aquella que los conjunta según diversas generaciones, esto es, de acuerdo a las ideas filosóficas y políticas así como de momentos históricos que tratan de responder a las circunstancias que impulsaron su desarrollo (de ahí que logremos captar diferencias sustanciales entre los derechos de una y otra generación), que los definen con la finalidad de lograr su vigencia eficiente en las sociedades, requiriendo para ello distintas acciones y condiciones, además de un diseño de medios de tutela y promoción diferentes. Norberto Bobbio nos dice al respecto:

[...] los derechos no nacen todos en un momento. Nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre, que acompaña inevitablemente al progreso técnico, es decir, al progreso de la capacidad del hombre de dominar la naturaleza y a los demás, crea nuevas amenazas a la libertad del individuo o bien descubre nuevos remedios a su indigencia: amenazas que se desactivan con exigencias de límites al poder; remedios que se facilitan con la exigencia de intervenciones protectoras del mismo poder⁸⁹.

Conviene mencionar lo señalado por Norberto Bobbio al referirse a los derechos fundamentales como el resultado de una larga historia de movimientos y luchas sociales en las que distintos grupos humanos se han defendido, ante una problemática específica, inspirándose en un conjunto de ideas o valores fundamentales, como son: igualdad, libertad, dignidad de la persona humana, y que a su vez han reivindicado, bajo el concepto de "derechos", aquello que

89. Bobbio, *óp. cit.*, p.18.

les pertenecían por justicia, como son el conjunto de bienes, facultades u oportunidades indispensables para su desarrollo como seres humanos plenos⁹⁰.

Así pues, tenemos a los Derechos Civiles y Políticos, clasificados como de primera generación, surgidos por el liberalismo en el último tercio del siglo XVIII (Independencia Norteamericana, Revolución Francesa), que, como su nombre lo indica, buscan la reivindicación política del ciudadano para el diseño de un Estado ordenado y justo jurídica y políticamente. Estos derechos imponen al Estado la obligación de defender o garantizar a las personas el disfrute de sus libertades.

Los derechos civiles y políticos son producto de las ideas liberales, desarrollados a través de un marco filosófico y jurídico del *iusnaturalismo racionalista*, haciendo referencia al ser humano como estructura de la que se puede predicar determinados atributos que constituyen los bienes a tutelar por los derechos humanos. Estos derechos son fundamentalmente libertades a los que se suman el ejercicio su consecuente protección y satisfacción con la inhibición de la actuación de la autoridad, seguridad personal y jurídica, aseguramiento de la propiedad privada, entre otros. Por ello, los derechos humanos son concebidos como un límite a la actuación del Estado, a la vez de la obligación que posee éste de garantizarlos y promoverlos.

Por otro lado, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Ambientales (DESCA), clasificados como de segunda generación, surgidos a finales del siglo XIX y durante el siglo XX, se dirigen a proteger a aquellos que no poseen un acceso real y efectivo a las necesidades básicas (educación, salud, alimentación, vivienda), de tal manera que sean incluidos en la participación plena de la vida social. El cambio de generación surgió a través de la búsqueda de eliminar las crecientes tensiones sociales y económicas que se iban suscitando, ante el hecho de que una parte de la población era incapaz de satisfacer por sí misma sus necesidades más elementales; esto es, un ajuste a lo que cada vez era más urgente entre las sociedades, cuyos cambios eran provocados por la aceleración de la Revolución Industrial, el acomodo de bloques económicos (antes y después de la Segunda Guerra Mundial) y la creciente pobreza que se iba gestando en la mayoría de los países cuyas economías estaban en desventaja frente a otras con un mayor crecimiento.

90. *Ídem*

El Estado, por tanto, dio un cambio más: el de asumir entre sus responsabilidades la de redistribuir la riqueza y garantizar a los individuos una subsistencia mínima material. Estos derechos (económicos, sociales y culturales y ambientales) son vistos, entonces, como referencias a las necesidades del ser humano real, y no al abstracto como sucede en la primera generación. Aunque es importante señalar que el grupo de derechos de la segunda generación no suplantó a lo que la primera defendía, al contrario, la enriqueció ante un aspecto que era urgente: el de satisfacer necesidades básicas (equidad, igualdad material, reconocimiento de la desigualdad).

Los derechos económicos, sociales y culturales y ambientales se conciben, además, como derechos de prestación, esto es, en tanto que implican el otorgamiento de un bien o servicio por parte del Estado, como *derechos de cumplimiento progresivo que habrán de actualizarse conforme a las posibilidades del desarrollo y la disposición de recursos que cada país tenga*. En este punto valdría comentar que las normas programáticas han impedido el ejercicio pleno y el desarrollo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Ambientales.

En derecho, se ha denominado como normas programáticas a aquellas normas constitucionales que no constituyen prescripciones obligatorias, sino que constituyen mandatos dirigidos al legislador o a otras autoridades, que muchas veces no se cumplen ni se pueden cumplir porque pueden ser meras expresiones de deseo. Las normas programáticas se definen como aquellas que: *"mencionan un determinado tema, pero no lo regulan, sino que encomiendan u ordenan su regulación al Legislador o a otra autoridad de la República, por lo que no son susceptibles de aplicación hasta tanto dicha regulación se haya producido"*⁹¹. Esta programación de la norma no es operativa por lo que su aplicación está condicionada al previo dictado de su complemento normativo⁹². Por ejemplo: En el Artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece que: "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud". El artículo tiene en su contenido una garantía individual (garantía social) y una norma programática. Como garantía social se entiende que se impone al

91. Korzeniak, José, *Curso de Derecho Constitucional* 2º, FCU, Montevideo, 1987, p.103.

92. Riso Ferrand, Martín J., "Declaración inconstitucional por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, p.12.

Estado obligaciones a hacer, son de carácter declarativo (enuncian el contenido de la garantía social, esto es, la protección a la salud), no son accionables (pues no pueden hacerse valer mediante juicio y carecen de tutela jurisdiccional) y son normas impropias (pues carecen del principio de coercitividad para su cumplimiento). La efectividad programática de este artículo estriba en la "protección a la salud" y no en el "derecho a la salud"⁹³. Lo impreciso de las obligaciones establecidas en estos derechos, es causa de que los países no los concreten en acciones específicas de acuerdo al derecho interno en el que se encuentran regidos; por lo que muchas veces la satisfacción de tales derechos se ve supeditada de acuerdo a los intereses políticos que se susciten.

Ahora bien, la diferencia entre una generación de derechos y otra, se ve manifiesta en el tipo de obligación que se tiene sobre la satisfacción de necesidades: con los civiles y políticos, la obligación asumida por el Estado es clara, contundente y justiciable, esto es, el de respetar y garantizar; en cambio, los económicos, sociales y culturales, será el de adoptar medidas para lograr progresivamente su plena efectividad.

Por otra parte, los derechos humanos de tercera generación (conceptualizados también como *derechos de solidaridad*), requieren para su realización, el estudio y el concierto de los Estados y la comunidad internacional, organizados a través de la conformación de la Organización de las Naciones Unidas, así como del proceso de internacionalización de los derechos humanos. En este punto, nos detenemos para hacernos la siguiente cuestión: ante el cada vez creciente catálogo de los derechos humanos, o bien, la "multiplicación de la nómina de los derechos humanos", parafraseando a Francisco Laporta, ¿será posible una incompatibilidad entre la multiplicación de la nómina de los derechos, y el aumento o bien, el mantenimiento de su fuerza moral o jurídica? Según el autor:

... parece razonable suponer que cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como, exigencia, y cuanto más moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente⁹⁴.

93. Secretaría de Salud, *Introducción al Estudio del Derecho Sanitario*, Programa de Difusión Jurídica para Entidades Federativas, 2006

94. Laporta, *óp. cit.*, p.23.

¿Será posible que esta gradación de derechos humanos (las de tercera y cuarta generación, por ejemplo) no aporte realmente una fuerza suficiente de exigencias? La libertad, al igual que en Hart (1980), pero en términos deónticos estrictos, y como "permiso fuerte o débil con todos sus problemas", podría, quizá, ser uno de los fundamentos mínimos de los derechos humanos que pase la selección que hace Laporta. Por ello, sería interesante, bajo esta concepción, saber en qué somos iguales o deberíamos ser tratados por igual. Sin duda, será tema de posteriores reflexiones.

Es cierto también que diversas constituciones de los países de Occidente agrupan a estos derechos en distintas clasificaciones, como, por ejemplo: declaración de derechos, garantías individuales, derechos del pueblo, derechos individuales. El reconocimiento de estos derechos ha planteado la problemática del diseño de mecanismos eficaces de garantía. Y es que resulta evidente que el derecho constitucional es ante todo derecho, lo que de modo ineludible exige un cauce de tutela del mismo que lo proteja frente a cualquier violación, o aún, una amenaza de violación. Por lo que, como parte integral de tales catálogos de los derechos humanos, deberán quedar insertos diversos recursos, mecanismos o procedimientos constitucionales para su defensa como son: el juicio de amparo (instrumento jurídico creado a favor de los gobernados del Estado mexicano, que tiene por finalidad hacer respetar imperativos constitucionales en beneficio de sus garantías individuales), la acción de inconstitucionalidad (acción que se da ante un asunto pendiente de resolver en donde se considere que una norma a ser aplicada, lesiona un derecho), y la controversia constitucional (conflictos de carácter jurídico que pueden surgir entre diferentes órdenes normativos, entre órganos que pertenecen a órdenes distintos, así como entre órganos que forman parte del mismo orden y en cuya resolución corresponde únicamente al pleno del máximo tribunal de justicia)⁹⁵. Así como de los instrumentos internacionales de carácter general, los cuales promueven y protegen a los derechos humanos, haciendo una enumeración de los derechos civiles y políticos, así como de los económicos, sociales y culturales. Así, la historia nos enseña que los primeros intentos de buscar un fundamento a los derechos de

95. Fernández Segado, Francisco, "La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el estado social", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 83, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1995.

los individuos de las naciones se remontan a las primeras épocas del derecho internacional⁹⁶.

La protección de los grupos oprimidos mediante tratados internacionales comenzó en los siglos XVII y XVIII en la esfera de la libertad religiosa. En el curso del siglo XIX, el tratado internacional se utilizó también para proteger a grupos étnicos y raciales, y para combatir el comercio de esclavos; en el siglo XX, se ha utilizado para mejorar las condiciones de trabajo, para regular la supervisión de la administración de territorios sujetos a mandato, y para poner bajo supervisión de la Sociedad de las Naciones ciertos derechos de las minorías raciales, religiosas o lingüísticas en ciertos países⁹⁷.

El proceso de legitimación de los derechos humanos en el ámbito jurídico internacional fue lento pero provechoso. El desarrollo de los derechos humanos en el derecho interno de los países ha sido impulsado, en su mayor parte, por el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, que de alguna manera se ha convertido en un estándar para medir el desarrollo de los países en la materia.

Por ello, se considera urgente reforzar continuamente los contenidos filosófico-jurídicos que dan vida a los tratados internacionales en materia de derechos humanos para así actualizar debidamente los textos constitucionales por los que se rigen cada uno de los países del mundo, y que con el concurso del ciudadano y del gobernante se puedan formalizar políticas y leyes que mejoren las condiciones de vida de los que padecen, por ejemplo, pobreza extrema.

No hay duda que en variadas ocasiones, el nivel de desarrollo imposibilita que los gobiernos puedan generar las condiciones y las estructuras que puedan satisfacer plenamente:

El principal obstáculo [...] para la plena vigencia de estos derechos y el desarrollo de su implantación en los países con pobres niveles de desarrollo ha sido, indiscutiblemente, la falta de disposición de recursos económicos⁹⁸.

96. Francisco de Vitoria (siglo XVI) fue quizás, el primer defensor que intentó utilizar un razonamiento jurídico enriquecido por principios morales en apoyo a los derechos de los indios frente a los conquistadores españoles.

97. Schwelb, Egon, *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Derechos Humanos, volumen 3, 1979, p. 598

98. Orci, Luis, and Martínez Víctor, "Los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Hacia una cultura de bienestar", 2007, p. 18.

La carencia de recursos económicos, como señala el anterior texto, ha sido el principal obstáculo para lograr vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, relegándolos a simples declaraciones en textos constitucionales, o bien, en “normas programáticas”, que son reflejadas, muchas veces, en programas de asistencia social (los cuales implican una carga fiscal, a la vez de una nula construcción de obligaciones jurídicas) o en meros textos declarativos y sujetos a la disponibilidad de recursos así como a los intereses políticos de los gobiernos en turno.

Es verdad, que, en variadas ocasiones, el nivel de desarrollo hace imposible que los gobiernos puedan generar las condiciones propicias de estabilidad y garantías de protección de los derechos humanos; sin embargo, jurídicamente, en estos casos, la norma debe establecer con claridad cuál será tanto el alcance o cobertura de ellos, así como las acciones que el Estado habrá de desarrollar.

La propuesta radica, entonces, en el fortalecimiento jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales, requiriendo de un trabajo legislativo que establezca, claramente, quiénes serán los titulares de los derechos, además de las responsabilidades que asume el Estado u otros actores sociales, respecto de cada individuo o grupo de ellos, así como los medios para asegurar y exigir su cabal cumplimiento. El no tomarse los *derechos en serio* (parafraseando a Ronald Dworkin) facilita que el poder político los utilice como recursos o medios para fines particulares que formalizan sistemas poco democráticos.

Ronald Dworkin: “Los derechos en serio”

Se considera importante otorgar un espacio a la discusión que hace Ronald Dworkin sobre la difícil tarea (pero nunca imposible) de hacer compatible la relación entre el derecho moral de un ciudadano con el derecho que es impuesto por el Estado (con sus constituciones y leyes) con la finalidad de otorgar mayores fundamentos teóricos a nuestro estudio sobre los derechos humanos y la pobreza. En primer lugar, para el autor es fundamental hacer valer, en la línea de los derechos morales y en la búsqueda de la construcción de una teoría general del derecho que no excluye ni el racionamiento moral y ni el racionamiento filosófico, un fundamento mínimo del derecho el cual lo encuentra a través de

la igualdad de todo ser humano ante la ley, a diferencia a como lo hizo Hart (positivismo jurídico) al definir que este contenido mínimo del derecho natural que regula el derecho positivo constituido por un conjunto de verdades obvias será a través de la libertad⁹⁹.

En primer término, nuestro autor aborda la complicada concreción de los derechos morales de los ciudadanos en la realidad social, así como su compatibilidad con el derecho que es propiamente jurídico. En la práctica, el Gobierno, nos señala, es quien tendrá la última palabra en la discusión (y ejecución) sobre cuáles son los derechos del individuo y cuáles no son aceptables. Sin embargo, no significa con ello que el aparato estatal tenga la última palabra, porque se pensaría que en caso de que fuera así, las personas vivirían engañadas en pensar que no tienen más derechos morales que los que les confiera el Estado.

Para Dworkin, hay una razón de fondo: existe una vaguedad en las constituciones de los países, al observar que ellas no reconocen todos los derechos morales que tienen los ciudadanos, y no dicen incluso, en qué momento es válido que los ciudadanos sigueren u obedecieran una ley aun cuando ésta invadiera sus derechos morales.

Para ello, el autor propone que el comienzo de una verdadera filosofía de la legislación u aplicación de las leyes, consistirá en saber tomar decisiones adecuadas (o "tomarse los derechos en serio", lo cual implica la coherencia entre lo que son los derechos y el ejercicio congruente de ellos, y en el fondo, tomarse en serio a la moral a costa de no tomarse lo suficientemente en serio lo que dicta la dimensión autoritativa) ante la discrepancia existente entre derechos morales y la normatividad jurídica que impone el Estado, con la finalidad de que no prevalezca la anarquía.

Si no podemos exigir que el gobierno llegue a las respuestas adecuadas respecto de los derechos de sus ciudadanos, podemos reclamar que por lo me-

⁹⁹. Bajo esta línea, Bobbio, al referirse a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, hace clara mención de ciertos fundamentos mínimos que se recogen, en este caso, del derecho de las constituciones de las naciones que no son más que fundamentos del propio derecho en sí: *La Declaración Universal responde que los seres humanos son iguales en dignidad y derechos ... Prácticamente esto significa que los derechos fundamentales enunciados en la Declaración deben constituir una especie de mínimo común denominador de las legislaciones de todos los países. Es como si dijese, en primer lugar, que los seres humanos son libres, y después se añadiese que son iguales en el disfrute de esta libertad. Cfr. Bobbio, óp. cit., p. 46.*

nos lo intente. Podemos reclamar que se tome los derechos en serio, que siga una teoría coherente de lo que son tales derechos, y actúe de manera congruente con lo que él mismo profesa¹⁰⁰.

El hecho de que sean respetadas las conciencias de los ciudadanos resulta ser menos complejo, que no tomarlas en serio; además no hacerlo, implicaría costos muy altos tanto para el Estado como para la sociedad. Porque moral y derecho, son dos factores inherentes y en constante renovación. Ahora bien, cabría mencionar la discrepancia que tuvo nuestro autor en su momento con Habermas, la cual se halló en la interpretación contraria que los dos daban a las "idealizaciones internas" de la praxis moral. Habermas, a diferencia de Dworkin, señala que tales idealizaciones no las halla en los hechos morales, sino en aquellas características de los procesos de decisión y formación, que los definen como deliberativos¹⁰¹. Klaus Günther dice al respecto: "Si se sigue la interpretación procedimental de Habermas, entonces son los ciudadanos y ciudadanas mismos los que tienen que aplicar y continuar redactando sus derechos fundamentales en la práctica cotidiana de los procesos de formación de opinión y de decisión (...) Si, por el contrario, se sigue la interpretación realista de Dworkin, entonces existirán fuertes razones para desconfiar del procedimiento democrático"¹⁰².

Sin embargo, Dworkin y Habermas coinciden en que los derechos fundamentales no deben ser considerados como barreras u obstáculos del proceso político de autodeterminación democrática, sino, de las condiciones que la hacen posible¹⁰³.

Para Dworkin, la democracia necesita de una constitución por la razón de que no se podría organizar de mejor manera, pues además ofrece el cuidado de los derechos humanos, lo que resulta ser realmente necesario en una democracia¹⁰⁴. Con el concepto de democracia, Dworkin explica esta cuestión de que los derechos fundamentales no están en contradicción con la democracia, sino que pertenecen a sus presupuestos esenciales: "Parto de una unidad de acción

100. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona., 2002, p. 278.

101. Boehm, Ulrich, "¿El derecho domina a la política? Jürgen Habermas en diálogo con Ronald Dworkin. Comentarios adicionales de Klaus Günther", *Filosofía Hoy*, FCE, México, 2007, p. 147.

102. *Ibidem*, p. 148.

103. *Ibidem*, pp. 154-162.

104. *Ibidem*, p. 149.

comunitaria, de la que participamos por el simple hecho de haber nacido en una sociedad, dentro de la cual transcurrirá nuestra vida. Tan sólo por este hecho, tenemos obligaciones, y éstas podrían incluir, posiblemente, el deber de cumplir las leyes y respetar las decisiones de la mayoría”¹⁰⁵. Coincido con Dworkin en el hecho de que sin derechos fundamentales que aseguren la autonomía privada de los ciudadanos, no habría tampoco un medio para la institucionalización jurídica de las condiciones de las cuales podrían hacer uso los ciudadanos desde su autonomía pública. En la democracia, según el autor, la función constitutiva de los derechos fundamentales se puede explicar a través del modelo de una comunidad que obtiene su poder de acción de la colaboración de la ciudadanía. El tipo de participación debe ser logrado, por tanto y bajo la óptica del autor, de tal manera, que todos puedan representar su papel de ciudadano con una cierta independencia (a raíz de la derivación de derechos individuales como el deber de la obediencia a las leyes gracias al sentimiento de pertenencia).

Dworkin, además, hace mención de un conflicto que de fondo existe en el ser humano: el cumplimiento con los deberes del Estado y, por otra parte, la conciencia del individuo, otorgándole a este último, la primacía por ser la última instancia de decisión y juicio de aquello que es correcto. Claro está que, si decide infringir la ley, deberá someterse al juicio y posterior castigo que le imponga el Estado como reconocimiento del hecho de que su deber hacia sus conciudadanos no se ha extinguido.

Sin embargo, el autor es enfático en la idea de que las personas sí tienen el deber de cumplir con la ley, pero también, el respeto al derecho de seguir según les dicta su conciencia, en caso de que está en conflicto con el deber. ¿Por qué si una persona tiene derecho a hacer lo que su conciencia le dice que debe hacer, el Estado lo disuade en hacerlo? ¿Es correcto que un Estado prohíba y castigue aquello que reconoce que las personas tienen derecho a hacer? ¿Es justo enjuiciar a una persona por hacer lo que le exige su conciencia, al tiempo que se le reconoce el derecho a hacer lo que le dicte su conciencia?

El derecho negativo señala que cuando decimos que alguien tiene derecho a hacer algo, damos a entender que estaría mal interferirlo en su hacer. Dworkin, sin señalar al derecho negativo como tal, demuestra la constante lucha

105. *Ibidem*, p. 151.

entre el ciudadano y la ley impuesta por el Gobierno, entre el deber y el querer hacer que es lo mismo que ejercer un derecho a elegir lo que más convenga sin daños a terceros. Esto es, si alguien decidiese creer que tiene derecho a infringir la ley, deberá entonces plantearse si ejerce bien ese derecho y pensar en las consecuencias de su acto, además de no debe ir más allá de los derechos que puede reclamar de buena fe ni cometer actos que violen los derechos ajenos. Alguien puede tener derecho a hacer algo que está mal que haga, como podría ser el caso de malgastar su dinero. A la inversa, es posible que esté bien que alguien haga algo, y, sin embargo, no tenga derecho a hacerlo. "Si creemos que nuestra causa es justa pensamos que está bien que hagamos todo lo posible para detenerlo"¹⁰⁶. Se usa la palabra derecho aquí en la manera de que lo tiene cuando actúa según sus propios principios o a seguir su propia conciencia.

Si alguien roba para darle de comer a los más pobres, al viejo estilo de Robin Hood, decimos que infringió la ley, y, por tanto, el Estado tiene el derecho a castigarlo, sin embargo, podríamos pensar que, dadas sus convicciones, no hizo mal en hacerlo. Los liberales y conservadores, señala Dworkin, estarían de acuerdo en que a veces, cuando su conciencia se lo exige, una persona no hace mal en infringir una ley. La discrepancia tiene lugar respecto a cuál sería la reacción del Estado ante el hecho.

Nuestro autor señala otro factor decisivo en la toma de decisiones de los individuos, de acuerdo al derecho de elegir y, en algunas ocasiones, infringir la ley, de acuerdo a su conciencia, y ello se refiere a la libertad de expresión. Ella supone un derecho moral aceptable (y que debe ser respetado) por el Estado. Si un ciudadano no está de acuerdo en la aplicación de una determinada ley, el Estado haría mal en callarlo.

Si tiene derecho moral a la libertad de expresión, eso significa que tiene derecho moral a infringir cualquier ley que el Gobierno, en virtud de su derecho (el del hombre) no tenía derecho a adoptar¹⁰⁷.

Mi derecho de expresar mi descontento contra el Gobierno y exigirle oportunidades laborales y económicas, por hacer mención de un ejemplo, sig-

106. Dworkin, *óp. cit.*, p. 282.

107. *Ibidem*, p. 286.

nifica que el Gobierno no puede impedirme hablar. Nosotros como ciudadanos, siguiendo la línea de pensamiento del autor, tenemos tantos derechos personales a la protección del Estado como derechos personales a estar libres de la interferencia estatal (y aquí intervendrían los derechos humanos). Un derecho en contra del Gobierno debe ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese "algo" se haga.

Nuestro autor es enfático en la idea de que cualquier sociedad que pretenda reconocer los derechos, debe abandonar la idea de aceptar un deber general de obedecer la ley que sea válido para todos (pues si no se recaería en un poder autoritario). La propuesta de Dworkin radica en lo siguiente: un examen reflexivo de la ley (jurisprudencia) hará patente las reclamaciones de derechos de un ciudadano. Por ello, es parte de la tarea de gobernar la de definir los derechos morales mediante leyes y decisiones judiciales, esto es, hacer extensivo las leyes a los derechos morales, para no caer en vaguedades y en malas interpretaciones.

... si el Gobierno no amplía ese derecho, estará demostrando que su reconocimiento del mismo en el caso original es una ficción, una promesa que sólo se propone mantener mientras no le resulte inconveniente¹⁰⁸.

Dworkin señala que, si un Gobierno *infringiera* un derecho moral, entonces habrá cometido un agravio a las personas¹⁰⁹. Cuando el Gobierno, señala nuestro autor, define un derecho en específico, deberá tener presente el coste social de diversas propuestas, así como sus consecuencias, para de tal manera, realizar los ajustes que sean pertinentes. Una vez tomada la decisión en la medida de reconocer un derecho, deberá hacer valer su decisión, pero no más allá de él, de modo de que, si alguien violara la ley, aun por motivos de conciencia, deberá ser sancionado. Si los derechos tienen sentido, en tal caso la invasión de un derecho relativamente importante (como es el derecho a la salud) debe

108. *Ibidem*, p. 296.

109. La pobreza, en este apartado, resulta ser un ejemplo claro de cómo los derechos humanos cobran especial importancia como banderas de triunfo ante injusticias provocadas o desatendidas por un Estado: la carencia de agua en zonas marginadas, o bien, la falta de servicios básicos, que son factores que demuestran el nivel de pobreza de una región, son muestras palpables de cómo el Estado debe atenderlas como derechos, y que son, a la vez, exigencias claras de los derechos humanos.

ser un asunto muy grave que significaría tratar a una persona con menos consideración que otras. Si los derechos tienen sentido, entonces no pueden tener grados de importancia.

La ruta del gobierno ha de consistir en mantener el timón en la línea media, equilibrando el bienestar general con los derechos personales y dando a cada cual lo debido¹¹⁰.

Las leyes no deberán ser nunca vistas como ganancias heroicas que la clase dominante impone a los más débiles. La institución de los derechos es de enorme trascendencia pues representa la promesa que hace la mayoría a las minorías de que el respeto a la dignidad será irrestricto, como es el caso de los derechos humanos: "Si el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho"¹¹¹.

La pobreza y los Derechos Humanos: La discusión filosófica de Thomas W. Pogge

Una vez estudiada la discusión filosófica que hay sobre la relación entre los derechos morales y los propiamente jurídicos, según Ronald Dworkin, consideramos fundamental abordar el estudio filosófico sobre los derechos humanos que hace Thomas W. Pogge en su obra *La Pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Pogge nos señala, de principio, que se debe concebir a los derechos humanos fundamentalmente como aquellas demandas que están dirigidas a instituciones sociales, así como demandas frente a aquellos que sostienen tales instituciones.

El autor inicia su estudio filosófico a través de dos tipos de interpretación existentes sobre los derechos humanos: la primera consiste en una "interpretación institucional"; la segunda, se refiere a una "interpretación interraccional". La interpretación institucional, como su nombre lo indica, se dirige a la concepción que hay sobre los derechos humanos a partir de las instituciones sociales; la interpretación interraccional es aquella que presenta a los derechos humanos

110. *Ibidem*, p. 294.

111. *Ibidem*, p. 303.

como derechos que someten a las personas a ciertas limitaciones que no presuponen la existencia de instituciones sociales.

Desde su perspectiva, Pogge plantea el problema de los derechos sociales desde un punto de vista institucional. Esto, sin embargo, contrasta con la de carácter interraccional, que, como ya hemos mencionado, son derechos que someten el trato dispensado a los seres humanos a ciertas limitaciones que no presuponen la existencia de instituciones sociales, sino de agentes que tienen el deber correspondiente de satisfacer la demanda del derecho.

La interpretación institucional concibe un derecho humano como un derecho moral a disponer de un derecho jurídico efectivo. Interpretados de esta manera, los derechos humanos requieren su propia jurisdicción. El gobierno y los ciudadanos deberán garantizar que sus textos legales fundamentales (constituciones y leyes) incorporen todos los derechos humanos y que, bajo su jurisdicción, los derechos fuesen observados, de tal manera que se hagan valer mediante un sistema judicial efectivo - tesis defendida por Dworkin al señalar la necesidad de fortalecer un sistema judicial que involucre derechos morales en específico, para crear jurisprudencia¹¹².

La posición de Pogge se dirige básicamente a un cambio en las estructuras sociales, lo cual no es fácil de lograr; sin embargo, su propuesta resuelve la dificultad que presenta la teoría de los derechos en contraposición con los deberes.

La interpretación institucional lleva a nuestro autor a cuestionarse sobre toda aquella demanda que puede ser o lo suficientemente exigente o bien, débil. Exigente pues, por ejemplo, una sociedad puede estar dispuesta y organizada de modo que sus miembros tengan un acceso seguro a la salud, a pesar de no tener derecho jurídico a ello, demostrando así un vacío jurídico, de tal manera que para legitimizar el acceso al mencionado derecho la vía para lograrlo será a través de la ley.

Un derecho humano exige su propia juridificación sólo cuando es empíricamente verdadero –como puede serlo en el caso de algunos derechos civiles y

112. Pogge, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Paidós, Barcelona, 2005, p.66.

políticos- que el acceso seguro a su objeto presupone la inclusión del derecho jurídico correspondiente en la legislación o en la constitución¹¹³.

Las demandas que señala la interpretación institucional, comenta nuestro autor, son débiles pues, aunque se hagan valer con frecuencia, no bastan para garantizar que efectivamente se dará un acceso seguro a un derecho. La práctica dista mucho de lo que en teoría se propone.

Ante ello, Pogge tiene razón al observar que a pesar de que los derechos jurídicos se hacen valer de manera efectiva, los pobres, carentes de un acceso real a la educación e incluso a la información, ignoran, en su mayoría, cuáles son los derechos jurídicos que los defienden, o bien, porque carecen de la mínima independencia económica necesaria para reclamar sus derechos a través de canales jurídicos. Hemos sido testigos de las múltiples faltas de atención oficial y no oficial hacia las personas más necesitadas: la educación para ellos no es una prioridad o una garantía de supervivencia, en cambio sí, la vida laboral (incluyendo a los niños) que les otorga las mínimas condiciones monetarias para subsanar el hambre.

Es muy claro: el postulado de un derecho a la alimentación (un derecho humano), equivale a la exigencia de que toda institución humana esté diseñada de modo que todos los que estén afectados tenga un acceso seguro a su derecho. Un derecho humano, entonces, es una demanda moral ante cualquier institución social (interpretación institucional) y, por lo tanto, una demanda moral contra cualquier persona que esté implicada en su imposición (interpretación interraccional).

Lo que realmente importa, y en esto es enfático el autor, es el acceso seguro a los "objetos" de los derechos humanos. En las sociedades es por ello fundamental que los derechos humanos deban realizarse mediante los derechos jurídicos individuales correspondientes, así como su realización a través de otras vías, como puede ser una legislación internacional que comprometa a los estados al diseño de instituciones sociales nacionales e internacionales, de modo que ofrezcan a aquellos sobre quienes se imponen, un acceso seguro a los objetos de los derechos humanos.

113. *Ídem*

Para ello, Pogge señala que, si bien los derechos jurídicos pueden ser medios efectivos para la realización de los derechos humanos, no es necesario que tal juridicidad tenga el mismo contenido que el derecho humano que contribuyen a realizar. Por ejemplo: el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos detalla que: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Así, la mejor manera de realizar el derecho humano al acceso seguro a la salud (enunciado a modo universal por la Declaración), constituido en un derecho jurídico y con el consenso de la sociedad, podría ser, por ejemplo, a través de un seguro de salud otorgado al trabajador y a su familia, en cuya responsabilidad recaerá en un instituto de seguridad social pública que le garantice el derecho a obtener consultas o medicamentos de una manera puntual y eficiente.

No se supone que los derechos humanos regulan lo que deban hacer o dejar de hacer los representantes de gobierno, antes bien estos derechos deben gobernar la forma en la que todos juntos deberíamos diseñar las reglas básicas de nuestra vida en común¹¹⁴.

El diseño de las políticas públicas para el acceso seguro a la alimentación, a la salud, a la educación, cobrará fuerza en tanto el gobierno y la sociedad en conjunto lo realicen, con el respeto debido a los derechos humanos que queden inscritos en un ordenamiento jurídico que los legitime con mayor fuerza. Ahora bien, la interpretación institucional de la que nos habla Pogge, cobra importancia y sentido en la protesta que hacen todas aquellas personas cuya integridad física no está garantizada lo suficiente en contra de las instituciones sociales que cometen un no cumplimiento o infra cumplimiento de los derechos humanos.

En el ámbito de la eticidad, cuando nuestro autor hace un estudio de la especificación de los derechos humanos y de las responsabilidades por su realización, parte de la necesidad profunda que sienten todos los seres humanos en albergar una concepción ética del mundo como referencia para juzgar las vidas propias, y las de los otros (sí estas son buenas o no). Incluso, propone, que

114. *Ibidem*, p. 69.

la inclusión de un criterio de justicia básica exigiría el diseño de instituciones que se comprometerían a atender a las personas más afectadas, cooperando en el desarrollo, profundización y realización de una concepción ética del mundo. Señala, para ejemplificar: la libertad de conciencia y de expresión¹¹⁵ (como anteriormente se ha mencionado en las tesis de Dworkin respecto al respeto a los derechos morales de las personas por parte de los gobiernos y la creación con ello, de un círculo virtuoso de constante renovación jurídica), el acceso a los medios de información, y la libertad de asociación; así también, menciona la libertad política en la forma de participar en el diseño de sistemas sociales, la participación económica y el respeto a la integridad física y a los bienes de subsistencia (ropa, cobijo, alimentos, atención sanitaria).

Pogge señala a estos bienes básicos, como un reconocimiento a la condición de los objetos de los derechos humanos, así como lo que verdaderamente necesitan los seres humanos, asegurándoles un acceso real a una porción que sea mínimamente adecuada. A ello, el autor se plantea la cuestión de cómo imputar a instituciones sociales, así como las personas particulares responsables e implicadas en el diseño y el mantenimiento de esas instituciones, la infra realización de los derechos humanos, cuando es bien sabido que muchos individuos carecen hoy en día de un acceso seguro a aquellos objetos. Una tesis defendible al respecto radicaría en el papel que desempeñan los factores institucionales globales en la reproducción de la creciente pobreza, considerando que unas reformas razonables podrían fomentar en gran medida la realización de los derechos humanos.

Si una infra realización de los derechos humanos –el hambre en Brasil, por ejemplo - se produce por la interacción de factores globales y nacionales y puede remediarse mediante reformas institucionales globales y nacionales, la responsabilidad por esta infra realización recae sobre ambos esquemas institucionales y, por tanto, sobre los dos grupos de personas...¹¹⁶.

115. El libre acceso a la información está explícito, incluso, en el artículo 19 de la Declaración, el cual expresa que: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

116. *Ibidem*, p. 74.

Una concepción de los derechos humanos implica, por tanto, el diseño de instituciones sociales de modo que todos, en la medida de lo posible, tengamos un acceso seguro y real a los objetos de los derechos humanos. El hecho de que se acepte un criterio universal de justicia básica asegura el autor, no impide a las sociedades la sujeción de sus instituciones nacionales a un criterio de justicia cada vez más estricto. La obligación de todos los esquemas institucionales que son coercitivos (gubernamentales) se define como un otorgamiento a todos los seres humanos a un acceso seguro a porciones adecuadas de participación y de libertades fundamentales.

Si bien los sistemas jurídicos internacionales y nacionales reconocen una diversidad de derechos humanos, lo cierto es que el contenido de tales derechos y de sus correspondientes obligaciones y cargas jurídicas depende en una sociedad, de los poderes fácticos del legislativo, judicial y ejecutivo, como estructuras públicas que sostienen e interpretan las leyes en cuestión. Pogge señala que después de la Segunda Guerra Mundial se marca un hito en el hecho de interpretar a los derechos humanos a través de la interacción racional de los individuos, pues a partir de ahí se ha llegado a aceptar la existencia de "derechos humanos morales" (que parten de la interpretación interaccional de la que hace mención el autor, y que trata a los derechos humanos como derechos que someten a los seres humanos a ciertas limitaciones que no presuponen la existencia de instituciones sociales, independientes de los poderes gubernamentales). Señala, por consiguiente, que en el respeto a los "derechos humanos morales", un poder gubernamental podrá gozar de legitimidad tanto en la capacidad de crear la obligación moral de acatar sus leyes, como en la autoridad moral de hacerlas respetar. Esto es, que tanto los derechos humanos morales como los jurídicos pueden coexistir en armonía, en el supuesto de que los derechos y obligaciones jurídicas que redacte un gobierno, hace efectivos derechos morales preexistentes, lo que no quiere decir que los derechos humanos morales son los que los gobiernos dicen cuáles deben ser.

Conclusión

Es indispensable repetir insistentemente que todos los seres humanos tienen derechos, derechos humanos: derecho a una vida segura y a un trato justo, posibilidad de ganarse el sustento adecuado y procurarse el propio bienestar, derecho a establecer y mantener diferencias por medios pacíficos, participación en todos los ámbitos del ordenamiento político, un libre acceso a las instancias judiciales en caso de injusticias, el equitativo acceso a la información y velar por la transparencia ciudadana. Al lado de los derechos, las personas también poseen deberes, deberes humanos: como el contribuir por el bienestar general, el de prever las repercusiones de las propias acciones en la seguridad de otros, exigir la igualdad de derechos incluida la de género, el deber de velar por los intereses de las futuras generaciones, promoviendo un desarrollo sostenido y protegiéndolo a su vez, el deber de participar activamente en el ordenamiento político, económico, social y cultural, que quizá sea uno de los más importantes en cuanto al reconocimiento hacia los derechos humanos.

Echar a andar una política honesta de los derechos humanos y al mismo tiempo una política económica eficaz parece ser uno de los grandes desafíos del mundo entero. Debería estar claro que una política de los derechos humanos no puede conformarse con meros discursos políticos, sino, a través de un cálculo frío de las condiciones reales para que pueda ser verdaderamente eficaz.

Tanto para los ciudadanos como para el resto del mundo, los cambios globales de las últimas décadas han buscado tener en los derechos humanos, un eje articulador de la estabilidad política de las naciones, así como un tipo de lenguaje común que sustenta la idea de que la democracia y la gobernanza es ya un lenguaje oficial de la política global.

Los derechos humanos han cobrado relevancia, sin duda, al paso en que se eliminan fronteras económicas, se reducen las tasas de crecimiento mundial y se ahondan las disparidades del bienestar de las poblaciones entre y dentro de los países. Por ello, el perfeccionamiento gradual de los derechos humanos queda trunco para asegurar estándares mínimos de vida y seguridad social a la población más marginada, especialmente los que se localizan en lugares periféricos. En más de un sentido la prevalencia de la pobreza limita los avances de la modernización política.

Un gobierno ha de decidir cuáles procedimientos y medios resultan ser los más eficaces en determinadas situaciones. No está de menos presionar públicamente a favor de un mejoramiento del Estado de derecho. Una valoración, así como un control detallado de las constelaciones de poder tanto en política interior como en política exterior es criterio indispensable para una política fundada en criterios éticos. Con base a la ética, será preciso ponderar constantemente, mediante una reiterada valoración de las situaciones, el potencial que existe de riesgo y de oportunidades de una determinada situación. Con la opinión pública, que previamente deberá ser informada, capacitada y educada conforme a la trascendencia de los derechos humanos en sus vidas, será posible lograr grandes objetivos.

La mitad de la población mundial adolece de pobreza. Ella misma no puede ser considerada como un factor inherente al anhelo que muchos poseemos sobre la formación del mejor de los mundos posibles. Por ello, la formulación de una ética global que permita ajustar un nuevo ordenamiento económico responsable, deberá dirigir la vista a la transformación del Estado como promotor y defensor de los derechos humanos, gracias a un discurso consensuado, interactivo, y que practique (a través de su legítima posición) una redistribución económica justa, como uno de los grandes retos que le convienen no ya a unos cuantos, sino a todos en general, y así cambiar de raíz las conciencias y la errónea actitud de permanecer pasivos frente al estado que guardan hoy los países subdesarrollados con un poder adquisitivo injusto y con altos niveles de pobreza, vulnerando la legítima fuerza ética de los derechos humanos.

Fuentes de consulta

- ~ Abbagnano, Niccola, *Diccionario de Filosofía*, FCE, México, 2000.
- ~ Atienza, Manuel y Juan Ruíz Manero, "A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta", *Revista de Filosofía Doxa*, 4, Universidad de Alicante, España, 1987.
- ~ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- ~ Boehm, Ulrich, "¿El derecho domina a la política? Jürgen Habermas en diálogo con Ronald Dworkin. Comentarios adicionales de Klaus Günther", *Filosofía Hoy*, FCE, México, 2007.
- ~ *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo III, séptima Parte, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983.
- ~ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.
- ~ Fernández Segado, Francisco, "La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el estado social", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 83, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1995.
- ~ Friedman, "Lawrence, Legal culture and social development", *Law and the behavioral sciences*, Indianapolis, 1969.
- ~ Hart, Herbert Lionel Adolphus, and Genaro R. Carrió, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.
- ~ Heller, Herman, *Teoría del Estado*, FCE, México, 1971.
- ~ Korzeniak, José, *Curso de Derecho Constitucional 2º*, FCU, Montevideo, 1987.
- ~ Laporta, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", *Revista de Filosofía Doxa*, 4, Universidad de Alicante, España, 1987.
- ~ ONU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Asamblea General, Nueva York, 1948.
- ~ Orci, Luis, and Martínez Víctor, "Los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Hacia una cultura de bienestar", 2007.

- ~ Pogge, Thomas, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Paidós, Barcelona, 2005.
- ~ Real Academia Española, "Diccionario de la lengua española, 22 a. edición, Madrid, España, Editorial Espasa Calpe Sociedad Anónima, 2001.
- ~ Risso Ferrand, Martín J., "Declaración inconstitucional por omisión en el dictado de actos ordenados por la Constitución", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.
- ~ Schwelb, Egon, *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Derechos Humanos, volumen 3, 1979.
- ~ Secretaría de Salud, *Introducción al Estudio del Derecho Sanitario*, Programa de Difusión Jurídica para Entidades Federativas, 2006.
- ~ Zepeda, Jorge Antonio, "Ejercicio de las potestades judiciales", *Anales de Jurisprudencia*, 234, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998.

VI. Filosofía y retórica aplicadas en la labor jurisdiccional

Jennifer Angely Carrilla Rojano¹¹⁷

La comparación primaria entre estas dos disciplinas podría parecer a todas luces contradictoria, no obstante, la coexistencia colaborativa entre ellas, afirmadas por diversos autores a lo largo de la historia, entre ellos, Chaim Perelman quien dogmatizó que *la retórica forma parte de la filosofía (que no contiene demostraciones sino argumentaciones)*.

La ciencia del derecho, por otro lado, implementa éstas dos disciplinas de una forma teórica y práctica en la vida jurídica, tanto de un semblante de litigantes en la elaboración de la teoría del caso, así como en la labor judicial de emisión de resoluciones.

Estas ciencias, como ciencias sociales, indicadas por su propia denominación, atienden a las necesidades del pueblo, advirtiendo que se trata de un dinamismo social, en virtud de que éste se encuentra en constante cambio, surgiendo diversas insuficiencias dependiendo del desarrollo o involución que se vaya germinando en la sociedad.

La filosofía y retórica dependen en buena medida del medio físico y social, verbigracia, la aspiración subjetiva en común es organizar los elementos y enfoques de estudio, de los cuales se desprendan componentes sociales que logren una estructura con fuerza y estabilidad, sin perder de vista el "orden" esencial básico y la profundidad intrínseca que las caracteriza.

Un pensamiento común que se ha situado en una generalidad de operadores jurídicos versa sobre la separación de la practicidad con el elemento teórico y como consecuencia de lo anterior, se generó la brecha sobre el excep-

117. Docente en la FES Acatlán.

ticismo a aprender de la mano de las teorías y únicamente basarse en el modelo empírico.

La retórica es una habilidad práctica. Sobre tal afirmación Aristóteles discurría en el diálogo de Platón que estableció que la finalidad central de la Retórica es el “sentir” y el criterio unipersonal y no la verdad. Por lo que el primero de los autores buscó una técnica idónea, encantando a los receptores mediante la clasificación de los argumentos *éthos*, *páthos* y *logos*. La mayoría de los autores comienza por clasificarlos en “logos” por tratarse de los argumentos lógicos, “*ethos*”, siendo los argumentos éticos, y “*pathos*” los emocionales.

En el presente caso, se considera en un grado de jerarquía, aunque no de menor importancia, el *ethos* que persuade cuando el discurso se pronuncia de tal manera que hace digno de crédito al que lo declama y que compete al emisor del discurso calibrar las opiniones que respaldarán sus argumentaciones¹¹⁸.

Es de explorado derecho, que las opiniones y criterios son subjetivos e impredecibles, por lo que, si un argumento va dirigido a dos personas o más, la labor de convencimiento y persuasión se torna ardua, atendiendo a la labor del emisor que debe ser un sondeo general sobre el público a quién va encaminado y la finalidad que debe alcanzar exponencialmente dicho argumento.

El *pathos*, es aquella palabra griega que significa emoción, sentimiento, conmoción, sufrimiento¹¹⁹. Se posiciona en segundo lugar de la clasificación, en atención a la trascendencia aplicativa sobre el argumento.

La pasión característica del *pathos*, otorga un giro diferente a cualquier acción que se efectúe en la vida diaria, más aún, tratándose del convencimiento sobre una premisa de ideas que forman una hipótesis racional cimentada por el Logos, que se explica más adelante. La acción de transmitir ciertamente el sentimiento que es pretensión del emisor del mensaje es la clave para conectar con el público – receptor y vincular ese enlace de solidez.

118. Rodríguez Bello, Luisa Isabel, “*Ética Argumentativa en Aristóteles*”, *Revista Digital Universitaria*, marzo 2005, Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Venezuela, p. 7.

119. Gallardo, Miguel Ángel, *Diccionario español de términos literarios internacionales (DETLI): elenco de términos*, Academia Argentina de Letras, 2009, p. 2.

Por último, el *logos* es el medio material del discurso. El *logos* es el proceso que da soporte a un razonamiento¹²⁰. Desde que se enseña a los infantes, en el inicio de la trayectoria llamada vida, a formular oraciones para exteriorizar el sentir de la persona, se establecen indirectamente una serie de requisitos mínimos lógicos, donde se involucran diversas ramas del idioma, como la gramática, la sintaxis, la semántica y la pragmática, con la especificidad de que ésta última ocurre sobre lo práctico o lo útil en relación a las circunstancias de la comunicación:

Nuestra razón debe considerarse como una especie de causa de la que es el efecto natural la verdad; pero una causa tal que por la irrupción de otras causas y por la inconstancia de nuestras facultades mentales puede quedar frecuentemente fuera de acción. Por esto, todo conocimiento degenera en probabilidad, y esta probabilidad es mayor o menor según la veracidad o error de nuestro entendimiento y según la simplicidad o complicación de la cuestión¹²¹.

Refiriéndose a tal finalidad, el oyente – lector se cuestionaría sobre la disparidad entre persuadir y convencer; sobre la efectividad de una sobre la otra y sobre cuál emplear adecuadamente. Las respuestas son sencillas, siempre y cuando el emisor parta de identificar al público receptor y advertir los puntos clave que generarían una mejor adhesión del mensaje. Empleando los componentes de referencia, comenzarían a formarse los argumentos *ad hoc* a los razonamientos revestidos de ciencia y estilo. Aristóteles en un inicio, contraponiéndose a las teorías sofistas, que se encontraban con una aceptación popular, se situó con diversas premisas de Platón, refiriendo a la Retórica como una ciencia verdadera.

Ahora bien, el modelo de la filosofía nace del estudio como un método de conocer al mundo y de explicar la realidad racionalmente, efectuando la reflexión sobre la obtención de tal conocimiento de la realidad en un todo constante, sin dejar de lado el inquirir bajo la razón práctica, de tal forma que se tome como una serie de pasos para hallar argumentos.

120. Rodríguez, *óp. cit.*, p. 4.

121. Figueroa Torres, Blanca Estela, *Filosofía*, UNAM, 2021, p. 44.

Los denominados “tópicos”, que parten de proposiciones ciertas, distinguiendo a la demostración y al razonamiento dialéctico, para generar una doble reacción con efectos apelando tanto a lo emocional como a lo racional. Puntualizando que la tónica surge como una técnica de búsqueda de premisas para la argumentación¹²², se infiere que dicho estudio consiste también en atender a la propia naturaleza de las premisas en su sentido lógico y de investigación.

En el ejercicio de la elaboración de la teoría del caso, tanto del accionante como del enjuiciado, es una herramienta para concretar una cronología en la inordinación de los procedimientos, con una efectiva consecuencia de cumplir los requisitos de procedibilidad de su acción o una debida defensa de la contraparte, ya que plantea el razonamiento jurídico base, mediante ejemplos que van de lo particular a lo particular y que en la vida jurídica denominaríamos precedentes en el sistema anglosajón y casos análogos de observancia obligatoria, en nuestro país.

Theodor Viehweg en Alemania propuso rescatar la tónica clásica para la jurisprudencia partiendo de la constatación de que el Derecho comienza a partir de problemas concretos –aporías–, y no de un sistema a través de un proceso dialógico que necesita del auxilio de los tópicos¹²³. Ejecutando la teoría supra citada, se encontrarían ante la posibilidad de una mayor pericia de los letrados en la materia jurídica para un desarrollo del juicio vigilando que se cumplan principios procesales como el de continuidad, concentración y dispositivo. Y en tratándose de principios, históricamente Montesquieu instauró los principios comunes comparativos, cuya finalidad era consensar a partir de varios principios comunes, conformando un “único principio”; el cual podría ser tomado en consideración en la actualidad en analogía con las normas que existen en nuestro país, donde se tiene a la norma suprema y de ésta se derivan diversas leyes y reglamentos.

Para los efectos ejemplificativos, si entendemos como sinónimos a los conceptos de eficiencia, eficacia y efectividad, sería manejar un argumento sin las bases adecuadas, sin embargo, entender las diferencias de estos propios

122. Fernández Gaztea, Joseba K. “Concepto y funciones de la tónica jurídica en el Derecho público”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 2, 2020, p. 53.

123. *Ibidem*, p. 55.

conceptos, nos ayudaría a vislumbrar los efectos de un orador que goza de un argumento revestido de filosofía, retórica y derecho, no como un mero ejecutor.

Gramaticalmente, la Real Academia de la Lengua Española, no puntualiza una diferencia trascendente entre las expresiones citadas en el párrafo inmediato anterior. Por otro lado, Mario Rizo Rivas en su artículo intitulado propiamente con las palabras en comento y su cuestionamiento “¿Son lo mismo?”, publicado en la Revista Forbes México, dilucida tal interrogante y señala que la eficiencia se trata de hacer bien las cosas; la *eficacia* es hacer las cosas correctas; y la *efectividad* es hacer bien las cosas correctas¹²⁴.

En el estándar de los juicios, especialmente los orales que son aquellos a los que se dirige el futuro del derecho en México, se rigen por una etapa postulatoria que permanece de forma escrita como en los procesos tradicionales, no obstante, cuentan con la etapa probatoria en la que se desarrolla esencialmente de forma oral; en tal virtud, en la parte de alegaciones verbales los intervinientes del juicio deben no solo desarrollar su teoría del caso previamente construida, sino efectuar argumentos exponenciales con la pretensión de alcanzar la adhesión por parte del Juzgador que emitirá la sentencia correspondiente.

Con base en los adelantos entorno a los medios de obtención de información que los propios acontecimientos históricos narran, es que surgen el estudio en concreto sobre figuras que regulan al argumento, inclusive el jurídico, como una maquinaria cuyo funcionamiento depende de la inclusión con las ciencias materia de este artículo:

Aristóteles, siguiendo a Platón, distingue entre los razonamientos «apodícticos» y los «dialécticos». Los primeros pertenecen al ámbito de la «verdad», y de ellos se ocupan los filósofos; los segundos están dentro del terreno de las opiniones sobre las que discuten los retóricos. En los Tópicos distingue la «demostración», que parte de premisas ciertas, y el «razonamiento dialéctico», que se apoya en opiniones comúnmente admitidas¹²⁵.

124. Rizo Rivas, Mario, *Eficiencia, Eficacia y Efectividad. ¿Son lo mismo?*, noviembre 2019, 7, 20, <https://www.forbes.com.mx/eficiencia-eficacia-efectividad-son-lo-mismo/>.

125. Hernández Guerrero, José Antonio; García Tejera, María del Carmen. *Aristóteles y la Retórica*, Biblioteca Miguel Cervantes, https://www.cervantesvirtual.com/portales/retorica_y_poetica/aristoteles/

De la anterior transcripción, advertimos una relación plausible entre la filosofía y la retórica, que en su conjunto y con la distinción de los dos razonamientos, esgrimen operaciones para hallar argumentos jurídicos derivados de la focalización de la *litis* central. La persuasión tiene un doble frente, el del asentimiento que podemos llamar racional que apela también al de orden emocional.

Las fases de la retórica permiten ubicarla desde el punto de vista teórico como parte del arte literario y en su aspecto práctico o de psicagogia, con la moral de aspecto más utilitario e interesado: la técnica para dominar las pasiones de tribunales, asambleas y auditorios; en suma, la técnica de fascinar el prójimo y manejarlo a nuestro albedrío¹²⁶.

Emprendiendo la reflexión sobre la epistemología como parte fundamental de la filosofía relacionada con el discernimiento para llegar al descubrimiento de la verdad. Una verdad no solamente en el sentido estricto de certeza, sino una "verdad verdadera" que parte de un silogismo como propiedad del discurso y como realidad, para poder así replantearse la hipótesis inicial de ¿cuál es la verdad?

El principio lógico teórico partiría de la premisa en la que en los juicios se plantea una sola verdad y sobre esa, se dictaminará la sentencia, sin embargo, en la catarsis del proceso, se advierte que existen dos verdades: la verdad jurídica, que es aquella que se plantea por los operadores jurídicos apegada a derecho con efectos de que les asista la razón; y la verdad verdadera, que son aquellos sucesos que sí acontecieron en la realidad histórica, aun cuando no favorezca al desarrollo del juicio. La idea central, es que el juzgador sea capaz de percibir ambas verdades y resolver con mayor justicia, motivando su deliberación apegada a estricto derecho, pero con las bases de disipar una verdad difuminada de simulación jurídica, esbozada habilidosamente.

Aristóteles recorrió la problemática de la verdad en correspondencia con su antípoda: la falsedad. De este planteamiento, nace la ley lógica del tercio excluso: lo que es, es o no es, pero no existe una tercera posibilidad, ni tampoco algo intermedio entre los opuestos, mucho menos una "mezcla"¹²⁷.

126. Reyes, Alfonso, *La crítica en la Edad Ateniense, la antigua retórica*, Obras completas, t. XIII, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, nota 9, p. 374.

127. Moreno Villa, Mariano, *Filosofía del Lenguaje, Lógica, Filosofía de la Ciencia y Metafísica*, España, p. 229.

En este sentido, en una disputa entre dos o más personas, se puede integrar la mediación, conciliación, arbitraje o negociación, como medios alternativos de solución de conflictos, que están reconocidos constitucionalmente en el artículo 17, tercer párrafo. Por lo que, se encuentra una tercera opción, en la que se reduzcan los tiempos de la controversia y se logre una justicia más expedita, considerando un elemento "intermedio".

La fusión entre los filósofos que son aquellos buscadores de lo absoluto y los retóricos que son los comprometidos en la acción, sostendría que, ante la vacilación frente al discernimiento, únicamente permanece intocada la *posibilidad* que, en ulterior instancia, todo el conocimiento se subyuga a esa mera posibilidad. Esta tesis no nos deja en el escepticismo, más bien nos aleja de ese planteamiento.

En el mismo sentido, Perelman señala que "... mientras la ciencia se basa en lo evidente, en premisas verdaderas y necesarias, en pruebas irrefutables y racionales, la filosofía y la retórica plantean siempre los problemas desde el comienzo, aportando pruebas solamente probables, razonables, preferibles, que han de ser aceptadas responsablemente"¹²⁸.

La implementación de estos dos cauces concibe una tesis que orienta al interlocutor a que demuestre y argumente científicamente con el toque esquematizado de su postura elocuente y de última instancia genere aceptación al receptor. Se incluyen el ámbito de lo opinable en el que se desenvuelve la retórica, su meta persuasiva, así como los cauces de justicia, democracia y poder por los que ha transitado desde sus inicios¹²⁹.

No existen precedentes tangibles que acrediten que el precursor de la retórica es Aristóteles, sin embargo, diversos dogmáticos contemporáneos se han dado a la tarea de confirmar tales aseveraciones a través de las corrientes que fue instituyendo el autor de mérito, con las teorías de los literatos que le sucedieron. La retórica supone conocimientos no sólo de gramática y géneros literarios, sino de lógica y de las diversas materias de que se pueda ocupar un

128. Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1994, p. 16.

129. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *Panorama Breve sobre la Retórica, su Naturaleza y Evolución Histórica*, UNAM, p. 32.

discurso ya que no se trata nada más de la belleza de las formas materiales que se sigan, es importante también su pertinencia conceptual y su capacidad persuasiva, de manera que se suma el requisito del conocimiento del auditorio para el buen ejercicio del arte retórico¹³⁰.

Tal como se señaló al inicio del presente artículo respecto de las diferencias entre la eficiencia, eficacia y efectividad y conjugando las ciencias con las teorías respectivas, admitiremos sin lugar a dudas, que la praxis jurídica mejoraría considerablemente para la función jurisdiccional, subsanando aquellos problemas relacionados con los efectos de la acción comunicativa.

Sobre la función del Órgano Jurisdiccional, se debe instar el juicio y hacerle saber a éste cuál será el ejercicio de la acción o la pretensión, dónde deben establecerse tres elementos básicos establecidos en las normas positivas: el concepto objetivo, subjetivo y la directriz que se va a ejecutar. El primero de ellos es la facultad de acudir para exigir el cumplimiento de un derecho o el tamiz de una obligación. Para tales efectos dicho derecho de petición debe formularse adecuadamente y que los medios de prueba estén debidamente correlacionados, de tal forma que dicha aportación sea constitutiva de los elementos de la acción. Si no se lleva a cabo tal circunstancia de debida forma y con el acompañamiento de lo expuesto a lo largo de este trabajo, se obtendría un resultado negativo para el peticionante.

Asimismo, la vinculación de los hechos con la acción, que es el supuesto conjetural hipotético entre lo normativo o el silogismo tradicional, sin salir del encuadre de la demanda – denuncia. Se confrontan una verdad con otra verdad, de dos sujetos diferentes con sus propias alegaciones.

Procesalmente hablando, se entendería dicha confrontación como la fijación de la litis o del punto en cuestión que se va a dilucidar. En un ejemplo del ámbito familiar, se puede tener a la parte actora y demandada ambas solicitando el divorcio como acción principal, siendo que como prestaciones secundarias uno podría pretender únicamente la separación del vínculo matrimonial, y la parte demandada ceñirse al esclarecimiento sobre la guarda y custodia. Aun-

130. "Sobre la oportunidad de la retórica en nuestros días". Cfr. Alcalá Campos, Raúl (comp.), *Hermenéutica, retórica y argumentación*, México, UNAM, 1996, p. 41.

que las pretensiones vayan vinculadas, la *cuestión* es el factor determinante. Cuando se efectúa la vinculación se denomina fijación de la *litis*. Posterior, se efectúan los alegatos de apertura y en la materia civil y mercantil los acuerdos sobre hechos no controvertidos y acuerdos probatorios, para evitar dilaciones procesales.

Para arribar a tales acuerdos, se necesita un intercambio de posturas en donde los argumentos debidamente integrados del *ethos*, *pathos* y *logos* derivarán en la efectividad de las estipulaciones, soslayando desahogo de pruebas innecesarias. Continuando en la secuela procesal, sobre las probanzas sin adentrarse en el catálogo de las mismas, se cuenta con el elemento, el objeto de la prueba y los medios de prueba; el cómo se llevan a cabo para determinar si esa prueba servirá o no, y con la única posibilidad de valorar aquellas que sean lícitas, que cumplan los requisitos y que dichas pruebas aporten elementos valorativos, o de lo contrario se asentaría en la sentencia que esa prueba no es de tomarse en consideración.

Por el lado del juzgador, se vierten consideraciones en la resolución de mérito, con la debida fundamentación y motivación que solucione el conflicto.

Es de conocimiento general que, la mayor de las veces una de las partes queda en desacuerdo, debido a que la resolución no resultó favorable para dicha persona, sin embargo, la labor del Juez es hacerle saber a las partes, con los argumentos más fuertes, en el sentido de lograr la máxima adhesión, de tal forma que, en la manera de exponerlo, los argumentos tengan el alcance suficiente para generar empatía incluso en la parte disconforme.

Precisamente el resumen o análisis procesal respectivo, utilizando un lenguaje sencillo, claro y accesible, ya que para los resolutores es requisito *sine qua non*, que además de entregar materialmente la sentencia a las partes, debe la misma, ser comprensible para los intervinientes y ésta se intitula "sentencias de lectura fácil". En estas, se debe velar porque estas se integren con un lenguaje sencillo, en razón de que el justiciable es quien va a cumplir (o debería cumplir) con las resoluciones.

Surgiendo así las cuestiones *in fines*, en las que se hace la conjugación entre Filosofía y Retórica aplicadas al derecho, de las cuales afirmarí que, para

tener el verdadero recurso de convencimiento a todos los intervinientes, no pueden existir Filosofía sin Retórica y a la inversa, y que en todo juicio que estemos en posibilidad de contemplar la probabilidad, así como en el tema del conocimiento intangible, se pueda replantear el juicio originario con la influencia de las disciplinas integrantes en el desarrollo de éste texto y acercarse a la naturaleza del entendimiento.

Fuentes de consulta

- ~ Alcalá Campos, Raúl (comp.), *Hermenéutica, retórica y argumentación*, México, UNAM, 1996.
- ~ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *Panorama Breve sobre la Retórica, su Naturaleza y Evolución Histórica*, UNAM.
- ~ Fernández Gaztea, Joseba K. "Concepto y funciones de la tópica jurídica en el Derecho público", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 2, 2020.
- ~ Figueroa Torres, Blanca Estela, *Filosofía*, UNAM, 2021.
- ~ Gallardo, Miguel Ángel, *Diccionario español de términos literarios internacionales (DETLI): elenco de términos*, Academia Argentina de Letras, 2009.
- ~ Hernández Guerrero, José Antonio; García Tejera, María del Carmen. *Aristóteles y la Retórica*, Biblioteca Miguel Cervantes, https://www.cervantesvirtual.com/portales/retorica_y_poetica/aristoteles/
- ~ Moreno Villa, Mariano, *Filosofía del Lenguaje, Lógica, Filosofía de la Ciencia y Metafísica*, España.
- ~ Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*, trad. Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 1994.
- ~ Reyes, Alfonso, *La crítica en la Edad Ateniense, la antigua retórica*, *Obras completas*, t. XIII, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, nota 9.
- ~ Rizo Rivas, Mario, *Eficiencia, Eficacia y Efectividad. ¿Son lo mismo?*, noviembre 2019, 7, 20, <https://www.forbes.com.mx/eficiencia-eficacia-efectividad-son-lo-mismo/>
- ~ Rodríguez Bello, Luisa Isabel, "Ética Argumentativa en Aristóteles", *Revista Digital Universitaria*, marzo 2005, Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Venezuela.

VII. Derechos humanos: Hacia su origen terminológico y filosófico. Una ficción

Mateo Mansilla-Moya¹³¹

Introducción

La búsqueda por el origen conceptual y filosófico de los derechos humanos parece generar, además de un obsesivo interés por trazar una Historia sobre los derechos humanos, numerables disputas en el gremio académico.

En primer lugar, hay quienes en su búsqueda rastrean el origen, estrictamente terminológico, hasta los documentos que generaron las naciones de la comunidad internacional después de terminada la Segunda Guerra Mundial. En segundo lugar, hay quienes en su búsqueda no reducen sus investigaciones a cuestiones terminológicas sino que se abstraen al mundo de los conceptos y desde ahí señalan valores, intereses y fundamentos similares que, aunque planteados con términos no necesariamente iguales, denotan características conceptuales similares o idénticas a las de los derechos humanos, lo que amplía el campo de investigación a otros periodos de tiempo que, por lo general, suelen trasladar a los autores al gobierno de Juan Sin Tierra en la Inglaterra medieval (1215); aunque los más ambiciosos de esta rama no se bastan con sumergirse en la complejidad histórica de las relaciones sociopolíticas de las comunidades europeas de la Baja Edad Media, y se aventuran a situar el origen de los derechos humanos en el Libro de los Muertos y en las Enseñanzas de Ptahhotep, durante el tercer milenio antes de Cristo en el Antiguo Egipto. En tercer lugar, están los autores que, antes que fijarse en cuestiones terminológicas y/o conceptuales, han preferido restar importancia a ello argumentando que no es el origen lo que les da sentido a los derechos humanos, sino las apremiantes necesidades de la población mundial contemporánea.

¹³¹. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Este texto, aunque considera relevante la tercera de las posturas, tiene como objeto aportar a esta discusión un elemento más que puede resultar esencial para situar correcta, aunque quizá nunca definitivamente, el origen terminológico y filosófico de los derechos humanos. Lo escribí a la luz de un artículo que encontré accidentalmente durante una estancia que realicé en la Universidad de Pensilvania, cuando una blanca tarde de invierno, tras resguardarme de una tormenta de nieve en la hemeroteca de la Parkway Northern Library de Filadelfia, terminé hurgando los viejos archivos de la Philadelphia Liberty College.

Es importante aclarar que ninguno de los documentos a los que se hace alusión en este texto han sido digitalizados, y las únicas copias existentes han sido guardadas en este archivo en el estado crítico en el que los ejemplares fueron encontrados en casa de Michael Reed después de su fallecimiento hace más de 100 años. Y aunque han sido restaurados y bien cuidados por los trabajadores de la hemeroteca, la posibilidad de digitalizarlos ha sido descartada por los múltiples riesgos que implica para los objetos en cuestión. Yo pude acceder a éstos gracias al profesor Henry Duremat quien me posibilitó, después de haberle planteado el desarrollo de este trabajo, las facilidades para acceder a los documentos con mayor frecuencia y con el debido cuidado.

En la primera parte rescataré la discusión de la que surge la terminología "derechos humanos" a partir de una discusión celebrada por un grupo de estudiosos del Derecho de la que tuve noticia a través un texto académico realizado por el profesor Michael Reed para una publicación semestral de una universidad local en Pensilvania y del acta de la sesión en la que se llevó a cabo dicha discusión, donde se recogen los comentarios particulares de cada participante, y que fue publicada en un anuario de la misma universidad 32 años después. Cabe destacar que, a pesar de que presentaré un esbozo sobre lo que se entendía por derechos humanos para el grupo de intelectuales, este trabajo no se trata de un estudio propiamente filológico, por lo que tendrá sus limitaciones.

Posteriormente, con el objetivo de presentar una visión más completa sobre esa primera publicación de la terminología en comento, expondré la postura filosófica de los intelectuales que acuñaron la terminología "derechos humanos".

Por supuesto, durante el desarrollo del trabajo, en un tercer momento convendrá cuestionarnos la relevancia de la publicación de Michael Reed y el

motivo por el que, más de 100 años después, le estoy dedicando un texto. Para ello presentaré los puntos más relevantes al respecto.

Las traducciones citadas del texto las he hecho con la mayor precisión posible acudiendo a diccionarios y enciclopedias que me han servido para poner en el contexto original las palabras usadas por los intelectuales estadounidenses decimonónicos pertenecientes a la asociación creadora de la terminología objeto de este artículo de investigación.

Una arqueología de la terminología derechos humanos

En 1867, apareció, en la edición de enero–junio de la publicación semestral *Humane Doctrine Journal*, editada por una extinta universidad local de Pensilvania, un texto intrascendente en la historia de los derechos humanos, pero que llama la atención en la búsqueda por un origen de esa terminología. En “*In the path for liberty*”¹³², el minucioso texto de investigación al que hacemos referencia, el liberal, abogado e historiador, Michael Reed aborda críticamente las causas que motivaron la recién terminada guerra de secesión, y en el que se puede dilucidar por primera vez una discusión en torno a la terminología *derechos humanos*.

Reed, profesor de medio tiempo de la Philadelphia Liberty College, y aspirante a los cargos políticos de su condado, fue además impulsor y director de un grupo académico que se reunía constantemente a debatir aquellos temas coyunturales que para él resultaban de urgente tratamiento para la consolidación de una sociedad estadounidense unida y materialmente libre, fraterna y feliz. Entre los miembros de esta agrupación, se han podido rescatar los de sus compañeros de generación, también profesores de la universidad: Otto Eisele, Paul Wergman, Natallie Costello y Raoul Vernan, todos ellos liberales y protestantes.

Cabe destacar que, si bien durante las discusiones celebradas en las reuniones de dicha comunidad académica por lo general se aportaban interesantes reflexiones, críticas y propuestas –según consta en las actas de cada sesión¹³³–,

132. Reed, Michael, “In the path for liberty”, *Humane Doctrine Journal*, no. 3, Jan. – Jun. 1867, Philadelphia Liberty College, p.p. 175 – 211.

133. Las actas de las sesiones celebradas por la Extra-academical Society for Liberty, Fraternity and Happiness fueron publicadas en un anuario de la Philadelphia Liberty College en 1899, como un homenaje a Michael Reed tras su

ninguno de los integrantes de la *Extra-academical Society for Liberty, Fraternity, and Happiness*, hizo algo que trascendiera tales discusiones al mundo de la política o del Derecho, a pesar de ser todos abogados y potenciales servidores de las instituciones gubernamentales; por el contrario, se sabe que, más allá de su trabajo académico, su ejercicio profesional se reducía a litigios ocasionales de casos sin importancia que versaban, sobre todo, acerca de temas meramente patrimoniales y sucesorios (esto último está documentado en las breves reseñas que acompañaban, como anexos, a las actas de las sesiones, con el objetivo de documentar quiénes eran las personas que participaban de las discusiones).

En su texto, Reed hace una importante crítica a las distinciones de beneficios a los que las personas pueden acceder a través de la ley, dependiendo de su origen o raza, a pesar de vivir en el mismo territorio. En la primera parte del texto hace un recuento de los hechos y la normativa que posibilitaron que, después de la independencia, se sostuvieran las estructuras económicas y jurídicas esclavistas en Estados Unidos. En la segunda parte, después de la aproximación histórica crítica a las normas jurídicas pre y post conflicto, hace una serie de propuestas para contrarrestar ese tipo de normas que requerían algo más que la legalidad para construir la utopía planteada en ellas. Durante el desarrollo de esta segunda parte del texto, entre las propuestas que hace para eliminar las notorias diferencias sociales, políticas y legales entre los hombres originarios del territorio estadounidense, los hombres nacidos afuera del territorio estadounidense y los hombres de razas diversas, destaca el siguiente párrafo:

La Ilustración colocó como centro de discusión al hombre, sin distinciones de tierra o raza. La revolución francesa lo materializó en un cambio paradigmático para el país europeo. Pero nuestra revolución omitió ese detalle, y aquí tenemos a un sistema político y legal que, independientemente de los elocuentes discursos esgrimidos por los parlamentarios y los políticos que ocupan los cargos de representación popular y que aluden a la revolución francesa y a la nuestra propia para hablar de una comunidad libre y fraterna, parecen no permear sus prácticas cotidianas con dichas lógicas.

fallecimiento el año anterior. Dichas actas pueden ser consultadas en el archivo que lleva el mismo nombre de la universidad en la Parkway Northern Library de Filadelfia.

Numerosas veces nos hemos cuestionado... en esta... [*Extra-academical Society for Liberty, Fraternity, and Happiness*] la imperiosa necesidad de establecer un corpus normativo que proteja a los hombres de dichas distinciones apelando a lo que todos tienen en común: una razón. Solo así podremos generar una comunidad de hombres libres, felices y, sobre todo, fraternos¹³⁴.

Consta en el anuario de 1899 el acta que recogió las opiniones que se vertieron durante la discusión a la que alude Reed en su texto, discusión reñida de la que participaron Natallie Costello, Raoul Vernan, André Claire, y el mismo Reed, principalmente, en torno a lo que debía entenderse por *humane rights*. Por supuesto, se tomaron definiciones universalmente aceptadas en torno a dichos conceptos, y no hubo mayor discusión filológica en torno a éstos. A continuación, presentaremos los aspectos importantes sobre su entendimiento acerca de los *humane rights*.

Por *humane*, debe de entenderse lo mismo que se entiende por “humanidad” en español; es decir, un sentimiento de compasión o benevolencia. La palabra *rights*, refiere al reconocimiento positivo de los derechos que tienen las personas que habitan el territorio, independientemente de su origen (con sus limitaciones políticas) y de su raza (sin limitantes). La conjunción de los *humane rights* se refiere, entonces, a aquellos derechos que por benevolencia o compasión se les otorgan a los hombres sin distinción racial y/o de origen.

Esta es la primera ocasión en la que aparece en la literatura jurídica esta terminología. Pesamos que fue retomada después de la Segunda Guerra Mundial por el contacto que algunos personajes tuvieron con la formación jurídica de las escuelas estadounidenses del siglo XIX, así como con la corriente humanista que surgió también en ese entonces. Podría decirse que, del trabajo tanto de Reed como de sus colegas, esta fue la aportación más trascendente. Para esta afirmación, a pesar de la rigurosa investigación que hemos emprendido, no hay sustento documental; simplemente, creemos fielmente en la posibilidad de trazar estas líneas lógicas entre eventos que no necesariamente tienen relaciones de causalidad, ni mucho menos de concordancia temporal: solo así –hay que admitirlo– podemos construir una historia único en torno al origen terminológico que aquí nos proponemos.

134. Reed, *óp. cit.*, p. 201

Ya que hemos presentado el primer texto en el que se registra la existencia de la terminología en cuestión, consideramos importantes exponer su posible origen filosófico (a la luz, en todo momento, de lo documentado en las discusiones de los integrantes de la sociedad académica que lo acuñó).

¿Un derecho racional?

Si bien el objeto de este texto radica en ubicar una primera mención de la categoría "derechos humanos", considero aquí importante aludir a la postura sobre el fundamento filosófico de los derechos humanos para esta asociación intelectual.

A pesar de haber sido un grupo expresamente¹³⁵ protestante y liberal, las posturas personales de cada miembro, según se advierte en las discusiones que se llevaron a cabo, sobre todo en torno al fundamento filosófico y político de la categoría en cuestión, parecen más bien diametralmente opuestas. Aunque por lo general existen consensos unánimes sobre el objeto y las finalidades planteadas, el fundamento pareció ser lo más controversial durante el planteamiento y las discusiones que se suscitaron con posterioridad.

En este texto recogeré las dos principales posturas que, de no haber sido por la diplomacia de quienes las defendían, jamás habrían alcanzado un acuerdo que les permitiera desarrollar una propuesta única. La primera de éstas, y la que más defensores reunía, era a la que se añadían Natallie Costello, Raoul Vernan, Paula Fernand y el autor del texto en el que basamos este artículo; se trata de una visión que alude a la razón como fundamento de los derechos que protegen a las personas contra los abusos por parte de los Estados. La razón, según la entienden, es un atributo con el que nacen los hombres, fundado en su naturaleza, y no una categoría política basada en sus relaciones dentro de los conjuntos sociales en los que viven.

La segunda postura, a la que se adherían Otto Eisele, Paul Wergman y Nicholas Pratt, establecía que nada tenía que ver la razón como atributo natural de los hombres para que tuvieran derechos, sino que se trataba de una postu-

135. Según se desprende del acta constitutiva firmada por los 10 miembros fundadores.

ra ética y política que debía asumirse para generar comunidad entre personas geográfica y hasta racialmente diferentes que tenían que coexistir y convivir en un mismo territorio para satisfacer aquellas necesidades que consideraban comunes para su supervivencia; esta postura establecía, en otras palabras, que esta clase de derechos era un instrumento para la evolución de la especie humana.

Ambos posicionamientos tenían sus variantes dependiendo de quien las esgrimiera; sobre todo características de carácter personalísimo con elementos que aquí hemos evitado reproducir pues atendían a experiencias de los defensores de cada argumento que reducían las propuestas a intereses subjetivos sin mayor valor propositivo. Por supuesto, cada uno tiene también diversidad de interpretaciones, pero no ahondaré en cada una de éstas, pues en los documentos en cuestión no hay más información al respecto.

Relevancia del texto de Michael Reed

Si bien la extensión de este breve artículo es una limitante para ahondar en diversas cuestiones acerca del texto del profesor Reed, que es, a la vez, tan solo una más de las múltiples discusiones que ha habido en la historia del Derecho, conviene reparar en la siguiente cuestión: ¿por qué hacer objeto de estudio y divulgación un texto del que solo existe una copia y que poco pudo haber influido en cualquier discusión, postura o tendencia histórica?

La respuesta resulta compleja, pues razones no parece haber muchas. Sin embargo, aquí me parece trascendental por tres motivos, de los cuáles ya expuse el principal: Aportar un elemento para el estudio del origen terminológico de los derechos humanos, en el que numerosos autores en la materia suelen identificar distintos momentos y diversos criterios para situarlo en la historia.

Otros motivos los apunto a continuación:

1. Exponer la dificultad de rastrear el origen terminológico de un concepto contemporáneo exclusivamente desde el Derecho, y a la necesidad de la interdisciplinariedad para hacerlo de manera correcta, atendiendo a saberes específicos, como el de la filología.

2. Desatar reflexiones críticas sobre lo que se está estudiando, investigando y discutiendo, y los espacios desde donde se está haciendo.
3. Fomentar una visión crítica sobre la utilidad práctica de los estudios, las investigaciones y las discusiones que se están realizando desde la academia.
4. Promover nuevas fuentes argumentativas dentro de las discusiones jurídicas.
5. Incentivar la creatividad de los estudiosos de los derechos humanos.
6. Destacar la importancia del desarrollo de narrativas que permitan resignificar, sí, el presente, pero también lo que se hace en este momento.

Sin embargo, ninguna de las viñetas anteriores responde a lo que plantea el título de este apartado: ¿cuál es la relevancia del texto *In the path for liberty* de Michael Reed? La única que identificamos, y que es por la cual le dedicamos este texto, atendiendo, por su puesto al nulo impacto que tuvo en sus contemporáneos, es la posibilidad de pensar en un origen distinto de los derechos humanos; un origen terminológico académico antes que práctico.

Lo anterior con un espíritu crítico que invite a la reflexión y a la acción sobre el estudio y la divulgación de determinadas discusiones.

Conclusiones

No consta que los textos que conforman los sistemas regionales de publicaciones de investigación aludan a las discusiones de la *Extra-academical Society for Liberty, Fraternity, and Happiness* ni al texto de Michael Reed que han sido objeto de estudio en esta investigación. La inaccesibilidad a los documentos originales y la dificultad de su preservación, así como la falta de su digitalización han imposibilitado que la importante propuesta donde situamos el origen terminológico de los derechos humanos trascienda a su espacio de discusión y documentación.

Sin embargo, haber hecho este accidental descubrimiento en el archivo especializado de la extinta Philadelphia Liberty College en la Parkway Northern Library del condado donde residí durante el invierno de 2015, y la elaboración de este documento único que se ha construido en torno al trabajo que está por perderse de la *Extra-academical Society for Liberty, Fraternity, and Happiness* en general, y del profesor Michael Reed, en particular, permitirá aportar a la discusión sobre el origen de la categoría de los derechos humanos un nuevo elemento que, quizá, nos permita eventualmente revalorar su contenido discursivo y su aplicación pragmática en un contexto donde se han mantenido en crisis desde su positivización y donde la discusión sobre el origen terminológico, conceptual y/o filosófico parece únicamente importante al gremio académico.

Cabe recordar que suma a esta crisis, en ocasiones, detenernos en cuestiones poco prácticas para que el Derecho satisfaga las necesidades sociales más urgentes del momento que deberíamos estar atendiendo antes que al origen terminológico de los derechos humanos.

Rescato, a modo de reflexión, y como una invitación a centrar nuestros esfuerzos en temas más relevantes para la materialización de los derechos humanos en las prácticas sociales, como una cultura que coadyuve con la paz y la sustentabilidad, una de las conclusiones a las que llegó Reed en su texto *In the path for liberty*:

Las discusiones tan profundas y academicistas que hemos querido y procurado realizar el grupo de intelectuales que formamos parte de esta sociedad, más que aportar elementos para construir un camino hacia la libertad, han sido objeto para la construcción de una arquitectura más compleja en torno a la individualidad y el ego de los autores, y para la dispersión y el conflicto. Las discusiones acerca del fundamento filosófico acerca de los humane rights, más que generar una comunidad en la búsqueda por la libertad, ha roto estrechos lazos que parecían desbordar a cualquier postura ideológica, alejándonos de la idea de la fraternidad y de la felicidad¹³⁶.

136. Reed, *óp. cit.*, pp. 209 – 210

Fuentes de consulta

~ Philadelphia Liberty College. "Extra-academical Society for Liberty, Fraternity and Happiness: A year of discussions to remember Professor Michael Reed". *Annuary*. 1899. 60 – 90. 1899.

~ Reed, Michael, "In the path for liberty," *Humane Doctrine Journal*, no. 3, Jan. – Jun. 1867, Philadelphia Liberty College.

Capítulo III.

Horizontes del derecho

VIII. Ciudadanía y otium. Confrontando a los antiguos

Francisco Martínez Cruz¹³⁷

Uno de los términos clásicos que han llegado hasta nuestra época en la filosofía política y jurídica, ha sido el de 'ciudadanía'. Esta palabra ha venido suscitando en los últimos tiempos cuantiosas polémicas a causa de que su significado, totalmente restringido a un cierto grupo de personas, la *ciudadanía*, ha tenido fricciones con otro vocablo de significación mucho más amplia: *humanidad*.

La tensión entre ambos conceptos es muy importante al observar las consecuencias que cada uno genera. Así, puede decirse que no basta ser humano, sino que es preciso ser ciudadano de algún país para poder participar en la toma de decisiones públicas. En el ámbito jurídico, esta tensión se plantea en términos de derechos: aunque se pueda decir que todos los seres humanos tenemos ciertos derechos de los que no podemos ser despojados por la sencilla razón de que tienen su sustento en nuestra *dignidad humana*, lo cierto es que no todos los seres humanos que se encuentren un Estado determinado pueden exigir el ejercicio de todos ellos, puesto que, por ejemplo, la condición necesaria para los derechos políticos es que sea ciudadano de ese Estado.

Sin embargo, aún y cuando nos enfocáramos en quienes tienen la calidad de *ciudadano* en un Estado, nos daríamos cuenta de que no todas esas personas ejercen propiamente la ciudadanía y las razones que podrían darse son variadas. Seguramente hay quienes, con toda franqueza, no tienen el menor interés por los asuntos públicos. Pero también puede ser que no todas las personas tengan acceso a la información necesaria para elegir o ser electas como representantes populares, tomar parte en las decisiones públicas o ejercer una

137. Profesor de la Universidad Intercontinental y de la Universidad Nacional Autónoma de México.

presión política relevante. Esta dificultad tal vez se origine en que no todas las personas cuentan con las herramientas indispensables para ello, como un derecho a la educación que les permita desarrollar su derecho a pensar, a expresarse y opinar, o medios plurales de comunicación que contrasten la información que se difunde. Incluso, el problema podría ser más profundo y complicado: tanto el diseño institucional como el sistema económico de un Estado podrían estar pensados para impedir que toda la ciudadanía se comporte como tal.

Lo que sucede es que la ciudadanía, en sus orígenes, no fue pensada para todas las personas y menos aún como un conjunto de derechos que se adscribieran a un individuo por el sólo hecho de pertenecer al género humano. No sería sino a partir de la Revolución Francesa que se transformó ese concepto, pues al postular ideales como la igualdad y la universalidad, la ciudadanía entonces significó el derecho del pueblo a participar en la toma de decisiones políticas. Sin embargo, a juzgar por los problemas citados en líneas anteriores, la materialización de este concepto está lejos de ser una realidad. Es, con toda seguridad, el desafío de todas las democracias del mundo.

En el proceso de transformación de la *ciudadanía* de un concepto exclusivo a uno universal, hay un elemento que me parece haber permitido su éxito en la antigüedad clásica y que, tal vez, su ausencia en la vida contemporánea ayude a entender por qué la ciudadanía de toda la comunidad política parece imposible de realizarse: el ocio.

Ciudadanía y ocio en Grecia

No es el propósito de este ensayo realizar un estudio histórico exhaustivo de la conformación de la ciudadanía entre los griegos, por lo que me limitaré a destacar los elementos que la caracterizaron de manera regular entre los pueblos helenos en la Época Clásica (490-323 a.C.), pues considero que es en este periodo en el que pueden ser apreciados con mayor nitidez, si bien las ciudades-estado, de las que depende la construcción de la ciudadanía, ya desde la Edad Oscura se encontraban bien identificadas¹³⁸.

138. Pomeroy, Sarah B. et al, *A brief history of Ancient Greece: politics, society, and culture*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 61.

Sarah Pomeroy define a la *polis* como un área geográfica definida que comprende una ciudad central y su territorio adyacente, y que conforman una sola unidad política y de autogobierno¹³⁹. Sin embargo, los ciudadanos, es decir, los *politai*, tenían ese carácter no por la residencia en dichos espacios, sino por los vínculos sanguíneos, sociales, políticos y culturales que los unían. En ese sentido, Osborne apunta que ser espartano, ateniense o corintio, tenía profundas consecuencias¹⁴⁰; la pertenencia a una de estas *polis* implicaba enormes privilegios y, por estas razones, el número de ciudadanos era sumamente reducido e incluso entre éstos, sólo un pequeño núcleo ejercía completamente sus derechos políticos.

En primer lugar, difícilmente los extranjeros podían ser ciudadanos. Esparta, por ejemplo, ofreció la ciudadanía a sólo dos miembros de otra *polis* griega en toda su historia a pesar de una catastrófica disminución en el número de ciudadanos. Atenas estaría obligada a extenderla a sus aliados sólo para fortalecer su alianza¹⁴¹. En segundo lugar, entre quienes podían ser ciudadanos, las mujeres estaban imposibilitadas de tener cualquier participación en los negocios públicos y sólo los que gozaban de una adecuada posición económica y social podían tener injerencia alguna. De ahí que ser ciudadano no garantizaba serlo efectivamente.

Aunque quienes podían ser ciudadanos variaban considerablemente de una *polis* a otra, para ser ciudadano uno debía tener la solvencia necesaria que se demostraba, por ejemplo, al ser portador del armamento hoplita y, además, ser terrateniente. Sólo una radical democracia como la ateniense daba derechos políticos incluso a los que no tenían tierra¹⁴². Sin embargo, estos hechos estaban acompañados de una profunda idealización de lo que un ciudadano debía ser. En su libro de la Política, Aristóteles consideró que un ciudadano era aquél que tenía el poder de tomar parte en la deliberación de los negocios públicos y en la administración judicial de la *polis*. Como esto era un asunto no menor, era obligación del estado educar a sus ciudadanos. Para lo anterior, ya desde Platón se señalaba que un ciudadano debía destinar una considerable parte de

139. *Idem*.

140. Osborne, Robin, *Classical Greece: 500-323 BC*, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 55.

141. *Ibidem*, p. 56.

142. *Ibidem*, p. 57.

su tiempo a la *scholé*, o vida de ocio, requisito ideal fundamental para dedicarse a la contemplación teórica de la vida y la especulación filosófica que le permitiría emular al rey filósofo o a alguno de los guardianes que gobiernan la república de Platón. Y esto, sobra decir, requería solvencia económica por parte de los ciudadanos.

Así pues, aunque en las polis el número de ciudadanos era muy reducido, incluso entre ese pequeño grupo sólo unos cuantos podían ejercer sus derechos políticos de manera plena pues su posición económica y social les permitía destinar su *scholé* al estado, el todo dentro del que el ciudadano era tan solo una de las partes.

Ciudadanía y ocio en Roma

En Roma, la ciudadanía y el ocio tuvieron una suerte distinta. Para reconstruir estos conceptos, nos remontaremos a la Época Clásica del Derecho Romano que va del año 130 a.C. al 230 d.C. por lo que se refiere al concepto de la ciudadanía y, a dos autores del siglo primero a.C. en cuanto a la teorización del *otium*.

Etimológicamente, *civis* (ciudadano), según Muroi, contiene raíces indoeuropeas que comportan la idea de familia y de amigo, en una acepción reconducible al concepto de cooperación. Por tanto, *civis* se refiere a la pertenencia voluntaria a la *civitas* como una sociedad concreta de derecho, como un componente de la persona pública¹⁴³. Esta explicación es completamente coincidente con la realidad de la *civitas Romana*, donde el ciudadano será siempre considerado como perteneciente a un sistema político fundado bajo el *fas* y el *ius*. Esto permite comprender que la ciudadanía romana, a diferencia de la griega, haya podido ser concedida con mucha facilidad a los extranjeros hasta el grado de que, en 212 d.C. con la *Constitutio Antoniniana*, Caracalla extendió la ciudadanía a todos los habitantes del imperio con exclusión de los *dediticios* y de los latinos junianos. Como señalan Sara V. Alvarado y María Teresa Carreño, la ciudadanía “fue utilizada como instrumento para conseguir la estabilidad de una sociedad que se va extendiendo territorialmente por las conquistas del imperio”¹⁴⁴.

143. Muroi, Adriana, *Civis/Civitas: la cittadinanza in Roma antica (dal regnum alla fine dell'età repubblicana)*. Termini,

144. *concetti, sistema giuridico-religioso*, Tesis, U. degli Studi di Sassari, 2012, p. 59.

Alvarado Salgado, Sara Victoria y María Teresa Carreño Bustamante, “La formación ciudadana: una estrategia para la construcción de justicia”, *Revista latinoamericana de ciencias sociales* 5, 2007, p. 5. www.umanizales.edu.co/revistacinde/index.html

Ser ciudadano implicaba gozar de tres privilegios de carácter privado: *connubium*, *commercium* y el acceso de las *legis actiones*; y tres de índole pública: *ius suffragii*, *ius honorum* y el derecho de servir en las legiones¹⁴⁵. De estos derechos, los que más interesan son el *ius suffragii* y el *ius honorum*, pues permitían tomar parte de los negocios públicos al poder votar en los comicios y ser electo para una magistratura.

Sin embargo, la ciudadanía no fue un estatus uniforme en todas las épocas de la historia de Roma; las distinciones en clases privilegiadas e inferiores tuvieron, en derecho público, una importancia relevante¹⁴⁶, de tal manera que no todos los así llamados ciudadanos tenían idénticos derechos y únicamente una minoría patricia gobernante era quien de forma plena podía ejercer los derechos políticos antes mencionados. Y al igual que en Grecia, también se idealizó cierto prototipo de ciudadano.

Cicerón, en su discurso *Pro Sestio*, señaló una definición de los *optimates*. Según el famoso orador romano, los *optimates* no sólo eran aquellas personas pertenecientes a los órdenes ecuestre y senatorial, sino que incluían a otros grupos y clases del estado. De esta manera, todos los buenos ciudadanos, independientemente de su condición social y riqueza, podían ser igualmente *optimates*. No obstante, el ejercicio de la ciudadanía necesitaba también de *scholé*, pero en su versión romana, es decir, *otium*.

El vocablo '*otium*', antes de seguir, no es exactamente traducible por la palabra española a la que dio origen, es decir '*ocio*', toda vez que en la cultura latina tenía varios significados. Referido a los individuos, que es lo que nos interesa, era lo opuesto a la vida pública, *i.e.*, ya fuera el estado de quien no se dedicara a los negocios públicos o bien, el de quien habiéndose dedicado gran parte de su vida a éstos posteriormente se hubiera retirado de ellos¹⁴⁷. Así puede advertirse en Cicerón, quien contrapuso *otium* y *negotium publicum* en su libro *De Officiis*, mismo en el que de manera expresa señala que "son y fueron

145. Margadant, Guillermo, *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica europea*, 26ª ed. México, Esfinge, 2007, p.129.

146. May, Gaston, *Éléments de Droit Romain a l'usage des étudiants des Facultés de Droit*, 13a. ed., Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920, p. 93.

147. Balsdon, J.P.V.D., "Auctoritas, dignitas, otium", *The Classical Quarterly*, 1960, p. 47.

muchos los que, anhelando esa tranquilidad que digo, se apartaron de los negocios públicos y huyeron hacia el ocio”¹⁴⁸. Sin embargo, esta contraposición no parece de ninguna manera radical e inconciliable, sino que puede ser intercalada. De esta forma, refiriéndose a quienes se han dedicado a la cognición y a la contemplación de la naturaleza, actividades que se ubican bajo el *otium*, que “nosotros mismos, cuanto hemos aportado a la república, si empero algo hemos aportado, tuvimos acceso a ella instruidos y ornados por los enseñadores y por la doctrina... de modo que su ocio parece haber sido conferido a nuestro negocio”¹⁴⁹. Sin embargo, en todo momento los negocios públicos deberán ser antepuestos pues “a los estudios y deberes de la ciencia, deben preferirse los deberes de la justicia, los cuales son pertinentes a la utilidad de los hombres, más importante que la cual, nada debe ser para el hombre”¹⁵⁰.

Mientras que la oposición *otium/nec-otium* se perpetuaría a lo largo de la historia, Séneca trató de trasladar el ideal griego de la *scholé* y en su concepción, ambas actividades son importantes. De esta manera, en su libro “*De otio*”, indica que tanto los jóvenes como los ancianos pueden dedicarse a la contemplación de la verdad y buscar una norma de vida, practicarla y aislarse, es decir, dedicarse al ocio. No obstante, aunque uno se decante por el *otium*, incluso su opuesto debe llevarse a cabo:

Por tanto, yo vivo de acuerdo con la naturaleza si me dedico completamente a ella y soy admirador y contemplador. Pero la naturaleza desea que yo haga ambas cosas: que haga y que contemple, y yo las hago ambas, porque también la contemplación no es concebible sin acción¹⁵¹.

Lo anterior tiene sustento en que no se puede ir directamente a la acción sin antes procurar la virtud y la inteligencia, pues los actos no pueden ser totalmente puros y simples y de la misma manera, es imposible que la virtud sólo se conserve en el reposo sin que se manifieste el fruto de su experiencia¹⁵².

148. Cicerón, Marco Tulio. Sobre los deberes. Vol. 50. Ediciones Rialp, SA, 2022.

149. *Ibidem*, XLIV.

150. *Ibidem*, XLIII.

151. Séneca, *De otio*, III, 2 y 3. La traducción del italiano al español es propia.

152. *Ibidem*, VI, 2.

Como se observa, las nociones descritas aluden al ocio de la clase patricia, la única que podía permitirse el lujo y la posibilidad de dedicar su vida a la contemplación y a los negocios públicos. No obstante, por extensión, el otium constituía una práctica de todo latino consistente en el entretenimiento en el más amplio sentido de la palabra. *Pan y circo*, resumía el interés de varios políticos romanos, también llamados despectivamente *demagogos*, de conservar contento al populacho, de granjearse su simpatía y, según la tesis de Maximiliano Korstanje, de procurar “el mantenimiento ideológico de la romanización”¹⁵³ dado que en los espectáculos públicos como la lucha en las arenas y los diversos deportes, se expresaba y reflejaba la superioridad romana en el manejo tecnológico de la época.

De esta manera, podemos concluir que entre los romanos el *otium* era lo contrario al *nec otium* y constituía un tiempo disponible para la recreación que era utilizado de acuerdo con las posibilidades económicas, capacidades y aspiraciones de cada latino¹⁵⁴, pero en específico para los ciudadanos que por su situación económica y social podían tener injerencia en los asuntos de la república, constituía además el tiempo preciso para la instrucción y la contemplación.

El mundo como Magna Civitas y la garantía del tiempo libre

Con el advenimiento de la Modernidad, que tal vez podríamos situar a partir del mal llamado *descubrimiento* de América a finales del siglo XV, y el resurgimiento del *humanismo* con el Renacimiento, la concepción de la ciudadanía tuvo que cambiar. El acrisolamiento de estos elementos junto con los de la Ilustración, traería como consecuencia un siglo XVIII de declaraciones cuyo mensaje constituiría un cambio en la vida política totalmente contrapuesta a la medieval y a la clásica grecorromana que desde entonces no se habría de detener.

Según Michel Angelo Bovero, la Modernidad consiste en “la prioridad lógica y axiológica del individuo sobre la comunidad y de la identidad individual

153. Korstanje, Maximiliano, “El otium romano: el placer como un mecanismo de control social”, *Ciencia UANL* 1 enero-marzo, 2009, p. 10.

154. Korstanje, Maximiliano, “La influencia de la filosofía Epicúrea en la formación del Otium Latino”, *A parte rei. Revista de Filosofía*, 57 mayo, 2008, p. 4.

sobre la identidad colectiva”¹⁵⁵. Es decir, la Modernidad sitúa al individuo por encima de la organización política y es ésta la que tiene justificación únicamente en la medida en que tenga por objetivo el bienestar de los individuos, mismos que hay que advertir, son importantes por el simple hecho de ser humanos, y no por ser ciudadanos. La afirmación de la Declaración de los derechos del hombre de 1789, según la cual “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en sus derechos”, tiene el significado siguiente: la libertad individual, en el mundo moderno, no depende de la pertenencia a la comunidad, al contrario, la antecede y la condiciona.

Con lo anterior, algo tan involuntario como el lugar de nacimiento o la sangre terminó por ser insignificante, al menos teóricamente, para la asignación de derechos, porque en la práctica, todavía durante las décadas que siguieron los grupos gobernantes fueron partidarios de un liberalismo clásico que seguía limitando los derechos políticos a quienes gozaban de cierta renta mensual. Por esta razón, no fue sino a partir del desarrollo de los movimientos de ideología socialista que la libertad política de los poderosos tuvo que ser limitada, por una parte, y otorgada a los grupos desfavorecidos, por la otra, aspecto que redundó en la ampliación efectiva del estatuto de ciudadano a un mayor número de personas, limitándolo únicamente por razones de edad u origen nacional –entre otras-, pero en todo caso ya no por la condición social.

Los acontecimientos del siglo XX serían paradigmáticos en el desarrollo político de la ciudadanía. Las consecuencias de las guerras mundiales impulsaron un movimiento a favor de los derechos humanos de tal suerte que hoy en día constituyen una bandera legitimadora de las más diversas manifestaciones sociales. Al depender únicamente de la humanidad de las personas, incluso los derechos políticos, aparentemente la ciudadanía ha comenzado a perder sentido y, más bien, se ha empezado a usar como una herramienta para negar derechos básicos a los no nacionales. No obstante, lo anterior también podría estar dando la razón a Hannah Arendt, quien argumentó que incluso esos derechos humanos tienen como prerrequisito que las personas pertenezcan a un Estado determinado, pues sólo así es como se puede garantizar que ese Estado trate a las personas como humanas y no como animales¹⁵⁶.

155. Bovero, Michel Angelo, “Ciudadanía y derechos fundamentales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 103 enero-abril, 2002. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art1.htm>.

156. Arendt, Hannah, *The origins of Totalitarianism*, New York, Harcourt, 1973, pp. 290-302.

Ahora bien, al ser los derechos humanos garantías mínimas para que cualquier persona lleve a cabo el plan de vida que considere más adecuado, incluso el ocio, entendido como algo contrapuesto a la actividad productiva, es totalmente válido. Considerado como tiempo libre para la recreación y descanso, el ocio ha sido determinante para el establecimiento de jornadas laborales bien definidas, y entendido en su versión griega, es decir, *scholé*, ha sido guardado al garantizarse cierta instrucción pública. El desarrollo tecnológico, vale decir, habría añadido tiempo libre a la vida cotidiana y, en consecuencia, un aumento en la calidad de vida de los seres humanos habitantes en cualquier país. Sin embargo, la realidad asequible sin mayor esfuerzo es completamente desalentadora.

Confrontando a los antiguos

Parece que el sentido político de la ciudadanía se ha diluido con el devenir de los derechos humanos. El cambio radical que supuso la Modernidad al despojar al todo de la primacía y depositarla entonces en las partes, también supuso una exaltación del derecho a llevar el plan de vida que a uno mejor le conviniera y la postergación de la obligación de ser partícipe en la vida pública. De ahí que, aunque agradó pronto la idea de la expansión de la ciudadanía por los beneficios que ella traía consigo, no se consideró que dicha expansión implicaba también generar las condiciones para que todos los ciudadanos pudieran tener la posibilidad de ejercer sus derechos políticos plenamente.

Es cierto que entre los derechos humanos se encuentran los derechos políticos que actualmente configuran los derechos de ciudadanía (por ejemplo, votar y ser votado para algún cargo de representación popular¹⁵⁷). No obstante, esta característica no significa que los derechos de ciudadanía sean facultades de las que nos debamos desentender con facilidad, pues son esos derechos los que hacen posible la comunidad política que, a su vez, es indispensable para garantizar el resto de los derechos cuyo principal garante es el Estado.

157. En el caso de México, el artículo 35 de la Constitución federal enumera los derechos de la ciudadanía, los cuales consisten, esencialmente, en: votar, ser votado, asociarse para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos, tomar las armas para la defensa del país, ejercer el derecho de petición, ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público, iniciar leyes, votar en las consultas populares y participar en los procesos de revocación de mandato.

Lo que hoy se propugna es una ciudadanía sin pertenencias, pero una ciudadanía plena y, para ello, una vez más, se requiere de tiempo libre tanto para ser actor político, como para ser espectador crítico. En esa tesitura, el ocio es parte fundamental de la vida de todo ser humano porque, deteniendo las actividades cotidianas que debe realizar y que son necesarias para solventar sus necesidades y las de las personas que de él dependen, le permite interactuar, comunicarse, deliberar y organizarse con sus semejantes.

Naturalmente, las eventualidades del mundo actual apartan de su devastador camino a estas conclusiones extraídas de los clásicos. Las circunstancias laborales en el mundo y en nuestro país dejan poco margen para garantizar el ocio requerido para que los ciudadanos puedan intervenir en los asuntos públicos. Aunque con mayores prestaciones, hoy sigue habiendo un grupo selecto de personas que pueden ejercer de manera plena su ciudadanía, o por decirlo en términos más modernos, sus derechos políticos.

Fuentes de consulta

- ~ Alvarado Salgado, Sara Victoria y María Teresa Carreño Bustamante, "La formación ciudadana: una estrategia para la construcción de justicia", *Revista latinoamericana de ciencias sociales* 5, 2007. www.umanizales.edu.co/revistacinde/index.html
- ~ Arendt, Hannah, *The origins of Totalitarianism*, New York, Harcourt, 1973.
- ~ Balsdon, J.P.V.D, "Auctoritas, dignitas, otium", *The Classical Quarterly*, 1960.
- ~ Bovero, Michel Angelo, "Ciudadanía y derechos fundamentales", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 103 enero-abril, 2002. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art1.htm>.
- ~ Cicerón, Marco Tulio. Sobre los deberes. Vol. 50. Ediciones Rialp, SA, 2022.
- ~ Korstanje, Maximiliano, "El otium romano: el placer como un mecanismo de control social", *Ciencia UANL* 1 enero-marzo, 2009.
- ~ Korstanje, Maximiliano, "La influencia de la filosofía Epicúrea en la formación del Otium Latino", *A parte rei. Revista de Filosofía*, 57 mayo, 2008.
- ~ Margadant, Guillermo, *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica europea*, 26ª ed. México, Esfinge, 2007.
- ~ May, Gaston, *Éléments de Droit Romain a l'usage des étudiants des Facultés de Droit*, 13a. ed., Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920.
- ~ Muroni, Adriana, *Civis/Civitas: la cittadinanza in Roma antica (dal regnum alla fine dell'età repubblicana). Termini, concetti, sistema giuridico-religioso*, Tesis, U. degli Studi di Sassari, 2012.
- ~ Osborne, Robin, *Classical Greece: 500-323 BC*, Oxford: Oxford University Press, 2000.
- ~ Pomeroy, Sarah B. et al, *A brief history of Ancient Greece: politics, society, and culture*, New York, Oxford University Press, 2004.
- ~ Séneca, *De otio*, III, 2 y 3.

IX. Derecho a la democracia garantista en el marco de los derechos emergentes

José Félix Cerezo Vélez¹⁵⁸

Introducción

A 75 años de la proclamación de la Declaración de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, definitivamente el mundo ha sufrido cambios políticos, sociales, ideológicos, culturales, económicos, tecnológicos y científicos, mismos que inciden de manera profunda en el ejercicio y protección de los derechos humanos, así como en los mecanismos para su garantía.

El trabajo académico que planteo, tiene su fundamento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes del año 2007, documento internacional que surge desde la sociedad civil global con el objeto de contribuir a diseñar un nuevo horizonte de derechos humanos¹⁵⁹. Dicha declaración posee dos vertientes principales que identifiqué; la primera, orientar a los movimientos sociales y culturales de las colectividades y de los pueblos; y la segunda, crear una nueva relación entre sociedad civil global y el poder; es en ese sentido que, resulta imperante la preocupación por visibilizar a pueblos y grupos sociales que históricamente les ha sido convulso el acceso a los derechos humanos y nos hacen replantear la forma de abordaje de los derechos humanos. Su objetivo radica en el planteamiento, que, si bien todos los seres humanos y los pueblos tienen derecho a la democracia y a la justicia internacional, ésta solo puede ser materializada mediante su reconocimiento en los textos constitucionales de las diversas naciones, a efecto de adoptar realmente todas las medidas necesarias para prevenir y detener

158. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Puebla.

159. *Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes*, 2007. https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/04_Docentes/UdeO_ubicar_el_de_alumnos/Contenidos/Lecturas%20obligatorias/M.5_cont_3_DUDHE.pdf

las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos.

En el caso del Estado mexicano, aunque éste firmó la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, fue en el año 1992 cuando la protección y defensa de los derechos humanos fue elevada a rango constitucional y es hasta la trascendental reforma constitucional en la materia de 2011 que se tiene el deber de respetar aquellos derechos humanos que se reconocen en los tratados internacionales que han sido signados y ratificados por el Estado mexicano.

Según el autor Italiano Luigi Ferrajoli, “el garantismo es un modelo de derecho fundado en la subordinación de todos los poderes –públicos y privados– y en los vínculos impuestos a ellos en garantía de los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones”¹⁶⁰, lo que significa un límite a la regla de mayoría que aún por unanimidad, pueda decidir sobre la abolición o reducción de derechos fundamentales.

Por tanto, el garantismo de los derechos humanos, entendidos como paradigma constitucional, es extensible a los otros poderes; es decir, a los poderes económicos y privados de las empresas.

Nueva Interpretación del Derecho a la Democracia

Si bien, el concepto de democracia adquirió mayor universalidad desde el siglo XIX, con la garantía de los derechos humanos en el constitucionalismo que consideró los derechos políticos de las personas, hoy en día a la luz de la Declaración de los Derechos Emergentes, se procura superar las barreras existentes entre el constitucionalismo rígido y las diversas generaciones de los derechos humanos, esto es el acceso a los derechos de las esferas individual, colectiva y de solidaridad; en ese sentido, la democracia puede ser planteada como un modelo teórico y también como un modelo político que actualmente vive la dicotomía del sistema estatal que conlleva por una parte la prevalencia del principio de la libre autodeterminación de los pueblos y naciones, así como de la

160. *Cátedra de derechos humanos: reflexiones contemporáneas sobre la persona y su sociedad. Primera sesión: concepciones diversas sobre los derechos humanos, garantismo vs. deliberativismo*, SCJN, 2021. [https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-09/Catedra%20de%20DH Digital.pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-09/Catedra%20de%20DH%20Digital.pdf)

incorporación al sistema global de los mercados financieros que en ocasiones propicia el incremento de las desigualdades sociales por su falta de regulación.

Un claro ejemplo de ello, es la injerencia cada día más notoria del poder económico en el ámbito político, refiriéndome específicamente al financiamiento de campañas políticas en las que se generan climas de desventaja y vulneraciones a los derechos humanos, al respecto en caso mexicano, Luis Carlos Ugalde, ex presidente del entonces Instituto Nacional Electoral, ha opinado que:

El financiamiento de las campañas tiene tres orígenes: recursos públicos, privados y del crimen organizado. El primero incluye contratistas que quieren asegurar negocios (...) constructores que buscan ganar licitaciones de obra pública a modo, hoteleros o comerciantes que buscan permisos de uso de suelo, concesiones, otros permisos. El tercero es un aportador recurrente en ciertas regiones del país¹⁶¹.

Por tanto, hoy en día ante la existencia de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial que conforman las naciones democráticas es muy importante la coexistencia de sistemas de pesos y contrapesos que impongan límites a fin de garantizar la democracia y los derechos humanos. En ese aspecto, el citado constitucionalista Luigi Ferrajoli, ha afirmado que:

(...) la expansión del constitucionalismo, y la construcción de sus garantías a la altura de los nuevos poderes económicos globales, es la principal tarea de la política y la única alternativa racional a un futuro, no solo de desórdenes, violencias, desigualdades y devastaciones medioambientales, sino de involuciones autoritarias y antidemocráticas¹⁶².

Anterior a la existencia de límites a los poderes estatales, la ley era la fuente suprema del andamiaje jurídico, por lo que con la simple validación del poder legislativo, resultaba válida su existencia, esto era conocido como "modelo garantista", el cual, en consecuencia daba lugar a modelos políticos rígidos; sin embargo, hoy en día el reconocimiento de los derechos humanos en

161. Ugalde, Luis Carlos, *El financiamiento ilegal de las campañas políticas en México*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2020.

162. Ferrajoli, Luigi, *La Democracia a través de los Derechos. El Constitucionalismo Garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, 2019.

las constituciones modernas ha hecho insostenible el “modelo garantista” tradicional, por lo que ahora se incorpora el sentido moral en el derecho y más aún la visión del principio *pro persona* en el que se busca favorecer a los hombres y mujeres, sin importar si se trata de la Constitución, un tratado internacional o una ley.

El derecho a la democracia participativa

El artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, refiere el derecho de todos los seres humanos y comunidades que tienen a participar activamente en los asuntos públicos y a disfrutar de una administración democrática en todos los niveles de gobierno, comprendiendo derechos novedosos, tales como a la ciudad, a la movilidad universal, a ser consultado, a la identidad colectiva, a la accesibilidad o a gobiernos de proximidad en las regiones menos urbanizadas, entre otros¹⁶³, por lo que el reconocimiento de las capacidades de las personas para actuar en el campo público forja la posibilidad de todos los sectores para incidir en las políticas públicas.

En ese sentido, para las democracias actuales, resulta necesaria la creación de mecanismos para generar condiciones de igualdad que permitan materializar la participación de las y los ciudadanos y que comprenda por una parte excluir las diferencias, mediante el sentido de igualdad formal o ante la ley, pero también considerando las condiciones de desigualdad en aras de evitar discriminaciones múltiples en razón de sexo, raza, orientación sexual, discapacidad, entre otras que impiden alcanzar la anhelada igualdad sustantiva y por consecuencia la participación democrática.

Democracia Garantista en México

Es de resaltar que el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, refiere a que todas las personas y los pueblos en que integran el derecho de la comunidad internacional, a través de órganos apropiados de la

163. Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes, *óp. cit.*

164. *Ídem*

ONU, deben adoptar todas las medidas necesarias para prevenir y detener las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos¹⁶⁴. En esa tesitura, el 7 de octubre del año 2015 mediante una visita al Estado mexicano, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, entre otros, recomendó:

8. Autonomía de diversos órganos: Tomar todas las medidas necesarias para garantizar el profesionalismo e independencia de los órganos públicos locales y federales, incluyendo aquellos de administración y procuración de justicia e instituciones de derechos humanos, y la de las personas que los encabezan. Investigar a fondo cualquier acto de presión política y corrupción y separar a los servidores públicos de sus funciones en caso de ser encontrados culpables¹⁶⁵.

En consecuencia, México ha fortalecido la autonomía de los organismos públicos protectores de los derechos humanos como es el caso de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y las comisiones, defensorías y procuradurías en la materia de las 32 entidades del país a fin de armonizarlas de acuerdo a los principios de París, celebrados en 1993.

En 2006 se otorgó a los diversos organismos integrantes del sistema nacional de protección no-jurisdiccional de derechos humanos la facultad para interponer acciones de inconstitucionalidad, quedando legitimados para solicitar el análisis sobre la incompatibilidad de una norma general con el texto constitucional; a su vez, a través de la Reforma de 2011 en materia de derechos humanos que, se delineó el procedimiento de consulta pública transparente e informado mediante el cual se habrá de elegir al presidente de la CNDH y a los miembros de su Consejo Consultivo, así como de los organismos públicos estatales; también, se otorgaron facultades a la CNDH para investigar violaciones graves de derechos humanos; entre otros que fortalecen su identidad como contrapeso del poder político.

Por otra parte, la reestructura de instituciones de la administración de justicia, como el Consejo de la Judicatura Federal, mismo que garantiza la auto-

165. ONU, *Recomendaciones a México del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, Sr. Zeid Ra'ad Al Hussein, y Respuesta del Estado mexicano*, 2016. https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/RecomendacionesHC_web.pdf

nomía y objetividad de tribunales federales, de igual forma, la creación del Sistema Nacional de Transparencia, por medio de la nueva Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública”, la cual, tiene por objeto:

(...) establecer los principios, bases generales y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos. (...)¹⁶⁶.

Por otro lado, a través de mecanismos como las consultas populares que sirven para ejercer el derecho constitucional para votar en torno a temas de trascendencia nacional de manera que su voluntad, vinculante conforme dicte la ley, pueda incidir en el debate y las decisiones que adoptan los órganos representativos del Estado¹⁶⁷, se busca incidir social y democráticamente en actos de carácter legislativo del Congreso de la Unión y los administrativos del Ejecutivo federal.

Conclusión

Los derechos emergentes, responden a las necesidades humanas generadas con los cambios sociales, a través de nuevas ideologías que surgen en las nuevas generaciones por diversos contextos. Por ello, estos derechos no se enfocan en situaciones específicas, sino que engloban varios tópicos actuales y vigentes.

La sociedad se encuentra en constante transformación, por lo que es importante y necesario que la exigencia de tutelar nuevos derechos, sea atendida de manera correcta, es decir, que las personas que se encuentran en el poder, realmente cuenten con conocimientos actuales sobre las realidades sociales a las que se encuentran las personas, para que, de esta manera, puedan ser atendidas conforme a las necesidades presentadas.

166. Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, México, 2021. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf>

167. Consulta Popular, Sistema de Información Legislativa, Secretaría de Gobernación, México. <http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=252>

Vivimos en un mundo *globalizado*, aunque muchos autores consideran que no se puede hablar de globalización mientras existan tantas desigualdades entre las personas y entre las naciones, ya que, en cada lugar, las necesidades son distintas, las culturas son diferentes entre sí, por lo tanto, las formas de vida y esos derechos que se busca sean respetados, van a cambiar de una ciudad a otra.

Si bien existen diferencias entre todos y todas, también existen necesidades comunes, independientemente de la cultura, costumbres e ideologías que tenga una sociedad en específico.

Tales necesidades en común, son, entre otros, el derecho a la paz, el derecho a la democracia, derecho a la dignidad, derecho a un ambiente sano. Es por esto que, desde los organismos autónomos que integran el sistema no jurisdiccional de derechos humanos, se debe buscar en primer lugar, la difusión de estos derechos emergentes, de manera general y específica en cada lugar en que se encuentren, para que, de esta manera, la sociedad los conozca y puedan hacer exigible su cumplimiento y respeto.

La lucha por alcanzar el respeto de todos los derechos humanos será siendo difícil mientras no seamos conscientes de las necesidades específicas y comunes de las personas, debe existir un constante aprendizaje por parte de las autoridades, así como de la misma sociedad, para conocer y aplicar el respeto por los derechos fundamentales de todos y todas.

Fuentes de consulta

- ~ *Cátedra de derechos humanos: reflexiones contemporáneas sobre la persona y su sociedad. Primera sesión: concepciones diversas sobre los derechos humanos, garantismo vs. deliberativismo*, SCJN, 2021. https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2021-09/Catedra%20de%20DH_Digital.pdf
- ~ Consulta Popular, Sistema de Información Legislativa, Secretaría de Gobernación, México. <http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=252>
- ~ *Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes*, 2007. https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/CONACYT/04_Docentes_UdeO_ubicar_el_de_alumnos/Contenidos/Lecturas%20obligatorias/M.5_cont_3_DUDHE.pdf
- ~ Ferrajoli, Luigi, *La Democracia a través de los Derechos. El Constitucionalismo Garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, 2019.
- ~ Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, México, 2021. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP.pdf>
- ~ ONU, *Recomendaciones a México del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, Sr. Zeid Ra'ad Al Hussein, y Respuesta del Estado mexicano*, 2016. https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/RecomendacionesHC_web.pdf
- ~ Ugalde, Luis Carlos, *El financiamiento ilegal de las campañas políticas en México*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2020.

X. Criterio de discriminación múltiple, herramienta eficaz para reducir las brechas de desigualdad en México

Francisco Antares Rodríguez Sánchez¹⁶⁸

Introducción

El presente trabajo nace de la lectura al texto “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, del autor Fernando Rey Martínez, a fin de escudriñar las fuentes teóricas, legislativas y jurisprudenciales existentes en México, respecto a las estrategias para combatir la discriminación y fomentar la igualdad desde la perspectiva de “no subordinación”; asimismo, intentaré justificar mi planteamiento analizando los hechos sociales y culturales existentes que actúan simultáneamente en el país y que incentivan los negativos efectos de la discriminación en forma histórica.

La noción del planeamiento “discriminación múltiple”, me parece novedosa, primeramente, por el papel que desempeñó como defensor de los derechos humanos, en un organismo constitucionalmente autónomo protector de la dignidad en el Estado de Puebla, México, mismo que tiene por objeto la defensa de los derechos inherentes a las personas cuando las autoridades locales debido a sus acciones u omisiones los vulneran. Si bien es cierto, dicha institución ha emitido documentos recomendatorios y conciliatorios por la afectación al principio de igualdad acaecidos en la entidad poblana, será de mi especial interés escudriñar si los razonamientos y procedimientos aplicados al momento de integrar e investigar las quejas, han considerado la noción de “discriminación múltiple” de las y los peticionarios, tales como la pertenencia a uno o más grupos en estado de vulneración respecto a su origen étnico, la situación económi-

168. Es licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana, Puebla; maestro en Procuración y Administración de Justicia por la Universidad del Valle de México, campus Puebla; Especialista en derechos humanos por la Universidad de Castilla-La Mancha. Cursa el doctorado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en el Instituto Iberoamericano de Derecho Electoral.

ca que enfrentan, el estado de salud con el que viven, el interés superior de la niñez; entre otros, a efecto de que en el futuro se puedan elaborar documentos que contemplen una reparación integral a las víctimas directas e indirectas.

En segundo término, la “discriminación múltiple”, más conocida en México como “discriminación interseccional”, se define como una categoría de análisis, en la cual, se examinan los componentes de un hecho en los que se multiplican desventajas y discriminaciones diversas hacia una persona o un grupo determinado en forma simultánea; sin embargo, tal como lo señala la lectura de Rey Martínez, la diferencia respecto al primer concepto es que, esta ocurre en diversos momentos¹⁶⁹, por lo que será de mi especial provecho profundizar en sus divergencias para determinar cuándo es conducente su utilidad de criterio para la labor de un legislador, o bien, de un operador jurídico.

Finalmente, considero que la elaboración del presente trabajo académico representa una excelente oportunidad para reflexionar el contexto de desigualdad que existe en México en su contexto cultural; además de ser la ocasión para comparar las políticas públicas, así como resoluciones jurídicas implementadas para erradicar el fenómeno de la discriminación en otras latitudes como lo es el contexto europeo, latinoamericano o norteamericano.

Para ello, se propone inicialmente, situar los antecedentes y marco histórico de la desigualdad como problema social; asimismo, el contenido esencial del derecho humano que se trata, posteriormente, me ocuparé de exponer la igualdad, entorno a su sentido sustantivo o material, ya que me planteo demostrar la existencia y objeto del reconocimiento de la “discriminación múltiple” como factor que debe considerar la autoridad al implementar prácticas públicas, así como la o el operador jurídico al resolver casos en lo que de forma justificada sea viable “tratar de manera distinta” a las y los ciudadanos.

Antecedentes y Marco Histórico

Antes de dar pauta al tema de la discriminación, es relevante considerar que

169. Rey Martínez, Fernando; “La Discriminación Múltiple, una Realidad Antigua, un Concepto Nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, 2008.

este hecho se encuentra estrictamente ligado a la protección del derecho a la igualdad, por lo que se debe apuntar que, esta tanto en su concepto, sentido y significado es uno de los llamados “valores superiores” establecidos en una constitución; de ese modo, según el jurista Díaz Revorio, en su obra “Valores e Interpretación Constitucional”, vincula la relación entre el Estado social y democrático de Derecho y los “valores superiores”; por ejemplo: valor libertad = Estado de derecho; valor pluralismo = Estado democrático; y, valor igualdad = Estado social¹⁷⁰; por tanto, la igualdad es un valor que posee una doble connotación, ya que puede ser entendida como una garantía que el Estado debe brindar al trato igual y no discriminatorio de las personas en la colectividad; o bien, como un derecho particular que debe ser protegido.

Asimismo, como lo señala el académico José Luis Caballero Ochoa, se debe considerar que, el concepto de “igualdad”, se comprende bajo las siguientes ópticas; el de “igualdad ante la ley” o “igualdad formal”, como un principio propio del liberalismo y de la democracia que, se refiere a que los derechos humanos son comunes a todas las personas, hombres y mujeres, desde el abordaje de “no discriminación”; y el de “igualdad sustantiva” o “igualdad material”, relacionado estrechamente con el razonamiento de “no sometimiento”¹⁷¹.

Ahora bien, al ser el Estado un ente en constante evolución, sus “valores superiores” han variado conforme al contexto histórico, por lo que, para departir sobre el concepto de igualdad, también es necesario hondar en el problema de la desigualdad que origina la discriminación. En ese aspecto, su origen puede situarse en el pensamiento político clásico; por aludir un ejemplo, Aristóteles, en su obra: *Ética a Nicómaco*, consideró que, casi todo el mundo era inferior, excepto los aristócratas griegos (hombres), cuyos intereses, económicos y de otro tipo, compartía y de los cuales creía formar parte¹⁷²; en ese aspecto, para dicho filósofo, las mujeres, los esclavos y las personas no griegas eran estimadas “seres inferiores”, dando pauta a un razonamiento circular que aún permea en nuestros días, y que sin duda repercute en el campo político y jurídico.

170. Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, Tirant lo Blanch, México, 2018.

171. Ochoa, José Luis Caballero, and José Ricardo Robles Zamarripa, “Un «enfoque trifurcado» hacia la (s) desigualdad (es) desde el derecho. La igualdad formal, la sustantiva y la socio-económica”, *La Igualdad*, 95.

172. Casado, María, ed. *Sobre la dignidad y los principios: análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos [de la] UNESCO*. Civitas Thomson Reuters, 2009.

Posteriormente, como bien lo reseña Facio en su obra: “El derecho a la Igualdad entre hombres y mujeres”, pensadores como Hobbes ya indicaban que somos iguales “porque todos mueren”; o bien, decía: Looke “tienen las mismas inclinaciones y facultades”, o como lo afirmó Rousseau, “la igualdad se mide en relación a las capacidades y méritos de cada individuo”¹⁷³. Por tanto, no es de extrañar que durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX, se pensara que las personas debían demostrar “su igualdad” ante el Estado para gozar plenamente de sus derechos humanos, dando lugar a las luchas sociales.

En ese aspecto, la lucha por la igualdad, en el contexto mexicano da inicio durante la época virreinal; ante ello, es importante aclarar que, como lo apunta la historiadora Guadalupe Jiménez Codinach, la estructura jurídica de la llamada “Nueva España” contenía un sistema educativo y de salud en un pueblo mestizado que lo diferenciaba de las colonias inglesas o francesas, ya que formábamos parte de un reino¹⁷⁴.

No obstante, la concentración del ingreso y la distribución inequitativa de la riqueza en la época del virreinato, fueron una constante, que se acentuó con la llegada de la monarquía borbónica, misma que fracturó la relación con el reino hasta su independencia en 1810; sin embargo, ya como país independiente el latifundio y las tierras comunales subsistieron; a pesar de la instauración de una democracia a partir de una constitución y la creación de mecanismos como el Juicio de Amparo para su defensa, por lo que, reinaba el peonaje, la leva y las castas hasta inicios del siglo XX, situación trascendente para el estallido de la Revolución de 1910¹⁷⁵, que sentó las bases para cambiar las enormes desigualdades y el establecimiento de una constitución que a la fecha, garantiza los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales.

Actualmente en México, como lo señala un estudio elaborado por el periódico “El País”, que expone mediante su artículo: “De un lado del otro, así se vive la desigualdad en México”, se advierte que, en solo dos países del mundo,

173. Alda, Facio, “El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres”, *Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*, San José, 2009, pp. 63-78.

174. Codinach, Guadalupe Jiménez, “La Confédération Napoléonnie. El desempeño de los conspiradores militares y las sociedades secretas en la Independencia de México”, *Historia Mexicana*, 1988, pp. 43-68.

175. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Derechos Humanos, Historia e Institucionalización en México*, México, 2016.

el 1% más rico de la población concentra más ingresos que en México. Estos países son Mozambique y la República Centro Africana. Asimismo, expone que, en México los ricos viven en espacios separados, cerrados y aislados, indica que los ricos de México viven en guetos protegidos por seguridad privada, los niños se conocen en las mismas escuelas y los ancianos son velados en las mismas funerarias; por lo que, la capacidad de consumo está asombrosamente concentrada¹⁷⁶. La consecuencia de que los ricos no estén conscientes de cómo viven los pobres y que los pobres no estén conscientes de la riqueza que observan, es que esta extrema desigualdad debilita a las instituciones al facilitar que unos pocos acumulen influencia para flexibilizar las leyes e intereses en su favor.

Por tanto, debemos partir del punto de que, en México, no es lo mismo ser mujer, homosexual, discapacitado, afrodescendiente, niña, niño; o bien, persona adulta mayor, ya que; si bien, se trata de grupos históricamente vulnerables, si se pertenece a la clase social alta del país, es menos factible que una persona experimente un hecho de discriminación, frente a aquellas y aquellos que por su condición socio económica deben acceder a los sistemas de educación, seguridad o salud pública; o bien, acceder a la justicia. Es aquí donde resalto la importancia de abordar la “discriminación múltiple”, tomando en cuenta la idea de que la gente puede pertenecer a varios grupos en situación de desventaja, acentuando el factor socioeconómico.

Contenido esencial del principio de Igualdad

Tomando como punto de referencia lo señalado por el Tribunal Constitucional de España, respecto al contenido esencial de un derecho, “(...) es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se reconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable o lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”¹⁷⁷. Por tanto, el “contenido esencial”, es el que debe emanar de la Ley Fundamental.

176. Ríos, Viri, “De un lado a otro, así se vive la desigualdad en México”, *El País*, 30 de enero de 2023. <https://elpais.com/mexico/2023-01-30/de-un-lado-del-otro-asi-se-vive-la-desigualdad-en-mexico.html>

177. Boletín Oficial del Estado, “Recurso de inconstitucionalidad número 192/1980. Sentencia de 8 de abril de 1981. Sala Primera. Recurso de amparo número 96/80.-Sentencia de 10 de abril de 1981”, Gaceta de Madrid. <https://www.boe.es/boe/dias/1981/04/25/pdfs/T00001-00013.pdf>

En ese contexto, en México, el principio de igualdad se encuentra reconocido esencialmente en diversos artículos de su Constitución Política; por ejemplo, el artículo 1ro, párrafo primero, dispone: "(...) todas las personas gozarán 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". A su vez, los artículos 4to de la norma suprema mexicana, disponen: "La mujer y el hombre son iguales ante la ley (...)"; y, el 123, fracción VIII, refiere: "Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad"¹⁷⁸.

Derivado de esto, podemos advertir en una primera instancia que, la Constitución mexicana, enuncia el principio de igualdad desde un enfoque de "igualdad ante la ley" o "igualdad formal", entendido como un ideal que emana de un largo proceso histórico y que es manifestado en la ley fundamental, afirmando que, todas las personas gozarán de los derechos de una forma igualitaria, prohibiendo incluso restringir su ejercicio, salvo casos específicos. En ese aspecto, este principio también está reconocido en diferentes tratados internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos; por su parte, vale la pena resaltar que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha determinado que este principio es de carácter *ius cogens*; es decir, no admite norma en contrario¹⁷⁹.

En síntesis, este primer concepto de "igualdad ante la ley" o "igualdad formal", se encuentra presente en diversas constituciones del mundo; sin embargo, resulta utópico; ya que si bien, sirve para trazar una hoja de ruta en la que a través de los formulismos normativos e incluso punitivos, logra aproximar a las y los ciudadanos la noción de "no discriminación" al exponer la igualdad como un precepto impulsado y defendido por la Ley suprema; no menos es cierto que, no basta con enunciarlo pues resulta particularmente difícil materializarlo en favor de la erradicación de las desigualdades sociales profundamente arraigadas en países como México.

178. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2023.

179. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03", 17 de septiembre de 2003. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

Igualdad, entorno a su sentido sustantivo o material

Otras importantes características de la “igualdad formal”, vinculada con la “no discriminación”, indicadas en el Diplomado “La Suprema Corte y los Derechos Humanos”, 2022. Módulo V, son: 1) la prohibición de generar tratos diferenciados; es decir, se encuentra implícita en la Ley Fundamental; 2) carácter individualista, ya que toma a la persona como objeto de protección y tiende a comparar las conductas de un sujeto para determinar la desigualdad hacia el otro, resolviendo casos específicos de discriminación con base a categorías sospechosas¹⁸⁰ y, 3) es actual, por lo que resuelve hechos que suceden en un lugar y un momento determinado¹⁸¹.

Ahora bien, ahondando en la lectura del párrafo quinto del artículo 1ro de la Constitución Mexicana, este advierte: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

Por su parte, el Artículo 2, apartado B, de la Carta Magna mexicana, indica: “La Federación, las entidades federativas y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos”.

En tal sentido, los artículos enunciados del texto constitucional mexicano, como puede apreciarse, hacen especial énfasis al señalar a grupos de personas históricamente vulneradas, disponiendo para el caso de los indígenas proveer de mecanismos para su especial protección, por lo que podemos dilu-

180. Categorías Sospechosas: Concepto surgido en Estados Unidos, donde la Corte Suprema elaboró la doctrina del denominado escrutinio estricto para determinar si una regulación vulneraba o no la igualdad ante la Ley. Dicha doctrina surgió en el fallo *United States vs. Carolone Products Co.*

181. García Huerta, Daniel Antonio, “Construir la igualdad, reflexiones en clave judicial”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022.

cidar un nuevo concepto entorno al principio de igualdad; es decir la “igualdad sustantiva” o “igualdad material”; en palabras del académico Luis Ochoa “distinguir no es siempre discriminar”¹⁸², por tanto, este precepto de igualdad, se refiere a los hechos, asegurando que las desventajas inherentes de determinados grupos no se mantengan¹⁸³.

Es de destacar que, el trato diferenciado resulta necesario para conseguir la igualdad a través de la creación de instituciones y políticas públicas que hagan viable la erradicación de las desigualdades, la llamada “igualdad material” o “sustantiva” si reconoce esas diferencias, por lo que debemos dejar claro que, hoy en día percibir a la justicia en la figura de la diosa griega Themis; es decir, vendada, no abona en la construcción de sociedades inclusivas; en palabras del investigador Daniel Antonio García Huerta, el principio de igualdad sustantiva afirma que, si lo que queremos acabar es precisamente la situación de desigualdad que enfrentan las personas, debemos mirar de manera concreta a las condiciones y las diferencias de cada una de las personas para poder tratarlas, generando actos de diferenciación para compensar la valoración social de las diferencias¹⁸⁴.

Asimismo, no se debe pasar por alto que, con la Reforma Constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, en México, no solo la Constitución es considerada Ley Suprema, sino también los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, por lo que el derecho internacional de los derechos humanos también reconoce que las personas pueden pertenecer a diversos contextos de desigualdad, según el sistema internacional y el sistema regional a través de las diversas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, situación que se abordará en líneas posteriores.

Como se ha verificado, la “igualdad ante la ley” o “igualdad formal”, se asocia con la idea de requerir la aplicación de un trato no arbitrario, mismo que rechaza cualquier diferenciación entre las personas, ya sea por parte de las au-

182. Caballero Ochoa, *óp. cit.*

183. ONU Mujeres y otros, “La Igualdad de Género”, México, 2018. <https://hchr.org.mx/puntal/wp/wp-content/uploads/2020/06/IGUALDAD-DE-GENERO-2018-web.pdf>

184. García Huerta, Daniel Antonio, Diplomado “La Suprema Corte y los Derechos Humanos 2022”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Video: martes 13 de septiembre, 2022, módulo V Igualdad y No Discriminación, México, 2022. <https://www.youtube.com/watch?v=nelSiY3kR9Y&t=2188s>

toridades, las instituciones o incluso de particulares; en ese aspecto, Roberto P. Saba, señala que los defensores de estas políticas pugnan por una perspectiva de estricto apego al mandato constitucional o convencional formulado por el poder legislativo que a su vez es impulsado por un sistema democrático liberal¹⁸⁵.

Esta noción del principio de igualdad en el sentido de “no discriminación”, estuvo vigente hasta buena parte del siglo XX. En 1975, el Congreso de Texas modificó su legislación autorizando a las escuelas locales negar la inscripción de hijas e hijos de inmigrantes que no hubieren ingresado legalmente en los Estados Unidos, argumentando en su defensa que la Enmienda XIV establecía: “que ningún estado (...) negara a ninguna persona bajo su jurisdicción una protección igual de las leyes”, y por tanto, debido a su estatus en materia migratoria de las niñas y niños; es decir, ingresados ilegalmente no eran estrictamente “personas bajo su jurisdicción”¹⁸⁶.

En ese aspecto, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el fallo *Plyler vs Doe*, del año 1982, resolvió que, la Enmienda XIV estaba fundada en una visión de “igualdad ante la ley”, y que tenía por objeto perpetrar una situación de desventaja de personas que, por su pertenencia a un grupo determinado, daba lugar a la conformación de “castas” o “parias sociales”, proponiendo así la óptica de la igualdad como “no subordinación”¹⁸⁷. Asimismo, se derivó la no responsabilidad de las y los niños, mismos que no eran capaces de incidir en la decisión de sus padres que los condujo a la situación en que se encontraban, por lo que se debía dar a dicho grupo un trato preferencial.

Según el autor Robert Post, el principio de “igualdad ante la ley” en su sentido de “no discriminación” supone una obligación constitucional de trato igualitario, guiado exclusivamente por la correcta relación entre medios y fines: es decir, de funcionalidad¹⁸⁸, situación que paradójicamente no concreta la aspiración de materializar la igualdad en las sociedades. En cambio, desde la no-

185. Saba, Roberto P, “Las acciones afirmativas y las dos caras de la igualdad”, *DISCRIMINACIÓN*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021.

Corte Suprema de los Estados Unidos, “Fallo PLYLER contra DOE”, 15 de junio de 1982. <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/457/202.html>

187. [com/us-supreme-court/457/202.html](https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/457/202.html)

Marín, Rut Rubio, “La protección constitucional de los extranjeros ilegales en Estados Unidos. A propósito de la proposición 187 del Estado de California”, *Revista española de derecho constitucional*, 46, 1996, pp.107-133.

188. Post, Robert, “Prejudicial appearances: The logic of American antidiscrimination law”, *Calif. L. Rev.* 88, 2000.

ción de “igualdad material” o “sustantiva” en su sentido de “no subordinación”, se busca por medio del trato diferenciado analizar la situación social e histórica en la que determinados grupos han experimentado una sistemática discriminación para que puedan gozar plenamente de sus derechos.

En este aspecto, el jurista norteamericano Owen Fiss, advierte que, para entender que son los grupos en desventaja, debemos diferenciarlos del término colectividad como un conjunto de personas que se ubican en un lugar y tiempo determinado y entenderlos a partir las características siguientes: 1) como una entidad, debido a que existen con independencia de sus miembros, es decir su identidad no es resultado de la suma total de sus integrantes; 2) como poseedores de un lazo identitario, ya que las personas que conforman el grupo tienen un sentido de pertenencia asociado a la historia que comparten y asumen¹⁸⁹.

Además, Fiss indica que, no solo basta tomar como referencia el lazo identitario de los grupos en desventaja, por lo que agrega otras particularidades, tales como: 3) su posición (relativa) social del grupo, respecto de otros grupos o personas con mejor una situación (económica, de salud, cultural, etc.) y; 4) la duración que han tenido en dicha posición, atendiendo a los elementos históricos y estructurales que han producido su desventaja¹⁹⁰.

Por su parte, la académica Nancy Fraser, identifica la existencia de grupos en desventaja que buscan reconocimiento en el andamiaje político, jurídico y social; y, otros que luchan por la redistribución, es decir, que la sociedad les compense las situaciones de desventaja que han tenido a lo largo de su historia¹⁹¹.

A su vez, Fraser ha señalado, la existencia de dos modelos de injusticia asociados con la igualdad 1) una injusticia cultural y simbólica, vinculada con la idea del reconocimiento, ya que está estructurada en base de modelos sociales de representación, de interpretación y de comunicación que traen como consecuencia la implementación de prejuicios, consideraciones de menor valía o falta de respeto hacia los grupos; y, 2) una injusticia socioeconómica, es decir, planteada en el modelo económico y político de la sociedad, ya que no obstan-

189. Fiss, Owen M. *Una comunidad de iguales: una protección constitucional de los nuevos ciudadanos*. Miño y Dávila, 2002.

Ídem

191. Butler, Judith, and Nancy Fraser, “¿Redistribución o reconocimiento?”. *Un debate entre marxismo y feminismo*. Madrid, Traficantes de sueños, 2016.

te ser reconocidos, el capital se les distribuye en forma diferente, misma que se traduce en la explotación, desigualdad, pobreza extrema, posicionándolas en un nivel inferior respecto a otros grupos¹⁹².

Al momento, se ha puntualizado sobre la importancia de la "igualdad material" o "sustantiva" en su sentido de "no subordinación" a partir del entendimiento del funcionamiento de los grupos en desventaja, por lo que, a continuación, me enfocaré en plantear los recursos que se requieren para erradicar prejuicios o falsos universalismos arraigados en la comunidad, así como las posibles acciones para revertir los efectos de la discriminación, ya que si bien, resulta difícil resolver problemas estructurales arraigados en las sociedades, mediante los siguientes instrumentos se podrán resolverse en un mediano y largo plazo:

Acciones afirmativas

Uno de los medios utilizadas para alcanzar la "igualdad como no subordinación", es la aplicación de acciones afirmativas, la cuales son políticas impulsadas desde el Estado que tienen por efecto revertir una situación de exclusión o segregación de un grupo de ciertas actividades, prácticas o espacios de la comunidad a los cuales ese grupo no puede acceder como consecuencia de prácticas sociales tanto impulsadas por el propio Estado o por las y los particulares¹⁹³.

A su vez, Saba indica que, para la correcta aplicación de las acciones afirmativas, se requiere: a) que se acepte la existencia de un grupo vulnerable; b) que en ese grupo sean identificables ámbitos para su desarrollo (mercado laboral, político, escolar, etc.); y c) que dicho grupo haya sido excluido de uno o más ámbitos durante un lapso considerable¹⁹⁴. Algunos ejemplos de aplicación de dichas acciones son: el otorgamiento de becas estudiantiles con cupos para ciertos grupos sociales, la creación de leyes de protección de la mujer en casos de violencia de género, la emisión de políticas de admisión en escuelas y colegios que fomenten la diversidad, subsidios o exoneración de impuestos a sectores menos favorecidos, entre otras.

192. *Ídem*

193. Saba, *óp. cit.*

194. Saba, *óp. cit.*

En esa tesitura, un ejemplo de la aplicación de una acción afirmativa, respecto a la inclusión y alternancia en los cargos directivos de los partidos y movimientos políticos es el realizado por Costa Rica mediante su Ley 8.765 del año 2009 en el que añade a su Código Electoral, el artículo 2 que dispone:

La participación política de hombres y mujeres es un derecho humano reconocido en una sociedad democrática representativa, participativa e inclusiva, al amparo de los principios de igualdad y no discriminación. La participación se regirá por el principio de paridad, que implica que todas las delegaciones, las nóminas y los demás órganos pares estarán integrados por un cincuenta por ciento (50 %) de mujeres y un cincuenta por ciento (50 %) de hombres, y en delegaciones, nóminas u órganos impares la diferencia entre el total de hombres y mujeres no podrá ser superior a uno. Todas las nóminas de elección utilizarán el mecanismo de alternancia por sexo (mujer-hombre u hombre-mujer), en forma tal que dos personas del mismo sexo no puedan estar en forma consecutiva en una nómina¹⁹⁵

Asimismo, algunos países combinan el principio de “igualdad como no discriminación” con el principio de “igualdad como no sometimiento”, ejemplo de ello es la nación argentina que, mediante su Ley Fundamental, introdujo en el año de 1994 el inciso 23 del artículo 75, complementario al numeral 16 de su texto original, como a continuación se describe:

195. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, “Código Electoral”. <https://www.tse.go.cr/pdf/normativa/codigoelectoral.pdf>

Constitución de la Nación Argentina¹⁹⁶	
Igualdad como No Discriminación	Igualdad como No Subordinación
Art. 16	Art. 75, inciso 23
La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas	Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

Dicho lo anterior, la crítica a las acciones afirmativas es que, si bien es cierto, corrigen los efectos injustos del orden social, no logran alterar el sistema que los genera, por lo que su solución es de carácter temporal y no modifica las causas que generan las desigualdades.

Discriminación Múltiple (solución transformadora)

Ahora bien, derivado del cruce entre los tipos de modelos de injusticia, ya sea de redistribución o de reconocimiento y las acciones afirmativas, las sociedades deben aspirar a la creación de un modelo de Estado de bienestar en el que se garanticen condiciones de vida digna a los grupos en situación de especial desventaja, brindando prioritariamente consideraciones precisas a sus necesidades, así como a su situación histórica; en ese contexto, la académica estadounidense

196. Congreso de la Nación Argentina, "Constitución de la Nación Argentina". <https://www.congreso.gob.ar/constitucionNacional.php>

se Kimberlé W. Crenshaw¹⁹⁷, a finales de los años 80 propuso la idea de que la gente puede pertenecer a diversos grupos en desventaja al mismo tiempo, incrementando en forma considerable el grado de discriminación sufrida, surgiendo así el concepto de “discriminación múltiple” e “interseccionalidad”.

De ese modo, en México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de su Unidad de Igualdad de Género, y la organización civil *Women’s Link Worldwide*, han definido dichos conceptos, como aquellas opresiones derivadas de la combinación de varios factores que, en su conjunto producen algo único y distinto de cualquier forma de discriminación de un solo tipo, tomando en cuenta el contexto histórico, social y político, así como reconociendo la experiencia de la persona basada en la intersección de todos los elementos relevantes que configuran su identidad¹⁹⁸.

Por otra parte, la “discriminación múltiple”, ha sido reconocida en el ámbito de las Naciones Unidas, mediante la Conferencia contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia, la cual se llevó a cabo en Sudáfrica en el año 2021. De ella se rescata, primeramente, con relación a las mujeres: “(...) deberían aplicar una perspectiva de género que reconozca las múltiples formas de discriminación que pueden afectar a las mujeres, y que el disfrute de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales es indispensable para el desarrollo de las sociedades en todo el mundo”. Asimismo, insta a los Estados, respecto a las personas afrodescendientes: “que apliquen políticas y medidas encaminadas a prevenir y eliminar toda discriminación basada en la religión y las creencias que, combinada con ciertas otras formas de discriminación, constituye una forma de discriminación múltiple”¹⁹⁹.

197. Kimberlé Crenshaw lo desarrolló basándose en la situación de mujeres afroamericanas quienes sufrían de trato discriminatorio incluso dentro los grupos donde deberían sentirse acogidas, por ejemplo, no encontraban solución a denuncias de violencia de género por parte del movimiento por los derechos civiles, nacionales y anticoloniales, porque en primer lugar este se encontraba dirigido a la experiencia de los hombres de color, y en segundo lugar se les solicitaba no denunciar episodios de violencia de género para no aumentar los estereotipos negativos relacionados con los hombres afrodescendientes, invisibilizando con dicho actuar las demandas de las mujeres negras que sufrían violencia en sus hogares. Cfr. Luan Ramos, Dominique. “Discriminación interseccional, desarrollo del concepto, inclusión en la jurisprudencia del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, el concepto en la jurisprudencia nacional.” *Estudios constitucionales* 19.2, 2021, pp. 38-70.

198. Suprema Corte de Justicia de la Nación, “El Principio de Igualdad de Género en la Jurisprudencia Comparada”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014.

199. ONU, “Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia”, Sudáfrica, 2021. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/DurbanDe-cProgAction_sp.pdf

En esa tesitura, el Tribunal Europeo, mediante la sentencia del, reconoció la discriminación interseccional, al estimar que las decisiones de las instancias jurisdiccionales españolas no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad de una mujer migrante de origen afrodescendiente, atendiendo a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución en inmediaciones donde la misma actividad podían realizarla otras mujeres sin problemas²⁰⁰.

El mismo Tribunal, durante la sentencia *Carvalho Pinto Sousa Morais v.s. Portugal*, resolvió, respecto a una negligencia médica practicada, la existencia de estereotipos relacionados con la edad de una mujer, así como el libre ejercicio de su sexualidad al no contemplar una compensación por haberla privado de ejercer su sexualidad al perder la sensibilidad de su órgano sexual²⁰¹.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la sentencia del Caso "*Rosendo Cantú y otras vs México*"²⁰², encontró responsable al Estado mexicano por hechos de violación sexual y tortura cometidos por el ejército nacional hacia una mujer indígena, adolescente; enfatizando la falta de debida diligencia durante la investigación de los hechos, obligando al Estado a erradicar ese tipo de violencia discriminatoria y brindar confianza a las víctimas en las instituciones creadas para su protección²⁰³. Con ello, se puede observar

200. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Sentencia caso B.S. c. España", 2012. <https://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/TEDH/STEDH-Asunto-BS-Vs-Spain-MalosTratos-Racismo.pdf>

201. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Sentencia Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal", 2017. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-175659%22%5D%7D>

202. **Caso "Rosendo Cantú y otras vs. México"**: La Señora Rosendo Cantú es una mujer indígena perteneciente a la comunidad indígena Mé'phaa, en el Estado de Guerrero. Al momento de los hechos tenía 17 años, estaba casada con el señor Fidel Bernardino Sierra, y tenía una hija. El 16 de febrero de 2002, Valentina Rosendo Cantú se encontraba en un arroyo cercano a su domicilio. Cuando se disponía a bañarse, ocho militares, acompañados de un civil que llevaban detenido, se acercaron a ella y la rodearon. Dos de ellos la interrogaron sobre "los encapuchados", le mostraron una foto de una persona y una lista con nombres, mientras uno de ellos le apuntaba con su arma. Ella les indicó que no conocía a la gente sobre la cual la interrogaban. El militar que la apuntaba la golpeó en el estómago con el arma, haciéndola caer al suelo. Luego uno de los militares la tomó del cabello mientras insistió sobre la información requerida. Finalmente le rasguñaron la cara, le quitaron la falda y la ropa interior y la tiraron al suelo, y uno de ellos la penetró sexualmente, al término de lo cual el otro que también la interrogaba procedió a hacer lo mismo. Tanto Valentina Rosendo Cantú como su esposo presentaron una serie de recursos a fin de denunciar los hechos y solicitar que se realicen las investigaciones necesarias para identificar y sancionar a los responsables. La investigación fue remitida a la jurisdicción penal militar, la cual decidió archivar el caso. *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso "Rosendo Cantú y otras vs. México", 2010. https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=339

203. *Ídem*

que la Corte Interamericana, analizó la discriminación múltiple hacia la víctima en función de su género, edad y etnia.

Dicha Corte, también advirtió un caso de discriminación múltiple en la sentencia “González (Campo Algodonero) vs. México”²⁰⁴, señalando que, la violencia y la impunidad en los sucesos formaban parte de la discriminación estructural, por género y estatus social, que imperaba en Ciudad Juárez México hacia mujeres trabajadoras de escasos recursos, frente al poder del crimen organizado²⁰⁵.

Por tanto, la discriminación múltiple derivada de los casos reseñados, se encuentra considerada tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la primera en cita, esto se refleja al determinar las reparaciones que impuso al Estado responsable obligándolo a diseñar políticas y programas sensibles al género, origen étnico y el estatus social en aras de transformar su realidad; por su parte el sistema europeo, al establecer la ausencia de investigación efectiva cuando se trata de maltratos cometidos por autoridades en los que omiten considerar la condición de vulnerabilidad de las mujeres en atención a su género, edad, origen racial y ejercicio de su oficio.

Es de reconocer que el Tribunal de Derechos Humanos canadiense, va más allá al momento de aplicar enfoques de interseccionalidad o discriminación

204. **Caso Campo González y Otras (Campo Algodonero) vs. México**”: Los hechos del presente caso sucedieron en ciudad Juárez, lugar donde se desarrollan diversas formas de delincuencia organizada. Asimismo, desde 1993 existe un aumento de homicidios de mujeres influenciado por una cultura de discriminación contra la mujer.

Laura Berenice Ramos, estudiante de 17 años de edad, desapareció el 22 de setiembre de 2001. Claudia Ivette González, trabajadora en una empresa maquilladora de 20 años de edad, desapareció el 10 de octubre de 2001. Esmeralda Herrera Monreal, empleada doméstica de 15 años de edad desapareció el lunes 29 de octubre de 2001. Sus familiares presentaron las denuncias de desaparición. No obstante, no se iniciaron mayores investigaciones. Las autoridades se limitaron a elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda, la toma de declaraciones y el envío del oficio a la Policía Judicial.

El 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, quienes presentaban signos de violencia sexual. Se concluyó que las tres mujeres estuvieron privadas de su libertad antes de su muerte. A pesar de los recursos interpuestos por sus familiares, no se investigó ni se sancionó a los responsables. *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso González y Otras (Campo Algodonero) vs. México, 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

205. *Ídem*

múltiple al considerar el contexto en el que ocurren los hechos, en el Caso Egan vs. Canadá²⁰⁶, la Corte Suprema de ese país, afirma:

nunca podremos abordar el problema de la discriminación completamente, o explorarlo en todas sus formas, si continuamos enfocándonos en categorías abstractas y generalizaciones en vez de en sus efectos específicos (...) las desventajas surgen de la manera en que la sociedad trata a grupos particulares de individuos, más que de cualquier característica inherente a esos individuos²⁰⁷.

Por otra parte, el sistema no jurisdiccional mexicano, a través de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), emitió la Recomendación General 5, sobre el caso de la discriminación en las escuelas por motivos religiosos²⁰⁸; sin embargo, dicho organismo, se limitó a ceñir su estudio a la "igualdad ante la ley" o "igualdad formal", vinculada a la "no discriminación" analizando la situación y fundamentación jurídica existente en México desde la perspectiva de colisión en la que, por una parte existe la obligación establecida en una Ley general para que las niñas y niños rindan honores a los símbolos patrios y por otra el derecho a la libertad de creencias religiosas consagrado en el artículo 24 constitucional, dando lugar a favorecer a aquellas personas que profesan una religión diversa a la católica para poder actuar de acuerdo con lo que ordena su credo.

206. **Caso Egan vs. Canadá:** Los demandantes, James Egan y John Norris Nesbit, eran una pareja gay que había estado en una relación conyugal desde 1948. Al cumplir los 65 años en 1986, Egan se convirtió en elegible para recibir Seguro de Vejez y un suplemento de ingresos garantizados del gobierno bajo el Antiguo Ley de seguridad por edad.

La Ley de seguridad para la vejez establece que el cónyuge del pensionista puede recibir una asignación conyugal si sus ingresos combinados caen por debajo de cierta cantidad. Cuando Nesbit cumplió 65 años, solicitó al Departamento de Salud y Bienestar Nacional una asignación conyugal. Sin embargo, se le denegó porque "cónyuge", definido en el artículo 2 de la Ley de seguridad para la vejez, no incluía a un miembro del mismo sexo. *Cfr.* Corte Suprema de Canadá, "Egan vs. Canadá", 1995. <https://academia-lab.com/enciclopedia/egan-contra-canada/>

207. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *óp. cit.*

208. **Recomendación General Número 5. Sobre el caso de la discriminación en las escuelas por motivos religiosos:** Versó sobre El conflicto por las creencias de los Testigos de Jehová y su participación en las ceremonias cívicas en honor a los símbolos patrios se ha presentado de manera recurrente, respecto de autoridades escolares tanto del ámbito local como del federal. Las autoridades involucradas, manifestaron que existe un marco normativo que regula la organización de las ceremonias cívicas de honores a los símbolos patrios, así como las obligaciones de profesores y alumnos de participar en su desarrollo. Señalan que como servidores públicos están obligados a hacer cumplir la ley y a sancionar a las personas que la infrinjan. *Cfr.* Recomendación General Número 5. Sobre el caso de la discriminación en las escuelas por motivos religiosos, 2018. <https://www.cndh.org.mx/documento/recomendacion-general-numero-5-sobre-el-caso-de-la-discriminacion-en-las-escuelas-por>

De lo anterior, podemos observar que si bien, la CNDH protegió a aquellas personas que, por motivos religiosos, se niegan a rendir honores a la bandera y entonar el Himno Nacional en las ceremonias cívicas que se realizan en los centros educativos, recomendando que las autoridades educativas se abstengan de sancionarlos²⁰⁹, no brindo una solución transformadora que estudiara el trato diferenciado, subjetivo y desproporcionado basado en dos o más causales de discriminación; es decir que, concurrieran conjuntamente, como atacar diversos elementos de la identidad de las víctimas que agravan su trato digno en forma interseccional como su estatus socioeconómico, género, así como el lapso en el tiempo en el que históricamente han sido discriminado y excluidos no solo en el ámbito académico sino social.

Conclusión

Como se ha podido dar cuenta, tanto las instituciones protectoras de los derechos humanos internacionales, los sistemas regionales de América y Europa, así como la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, han reconocido que la discriminación es un sistema estructurado en forma compleja que ha prosperado progresivamente a través del tiempo en las sociedades.

Para construir un presente y consolidar un futuro libre de discriminación, actualmente resulta necesario reconocer el carácter simultáneo de los diversos factores de discriminación, así como sus efectos sociales contraproducentes, ellos no pueden ser tratados de forma aislada o meramente enunciativa; ya que como lo señala Avtar Brah, en su publicación "Lineamientos Generales en Relación a la Interseccionalidad": "(...) aunque el concepto de interseccionalidad es muy reciente, los procesos de interseccionalidad han operado desde hace mucho tiempo"²¹⁰; por tanto, de no tomar conciencia y acción de ello, la discriminación, continuará vigente en forma estructural en la sociedad.

209. Ídem

210. Brah, Avtar, "Lineamientos generales en relación a la interseccionalidad", *La interseccionalidad en debate—Actas del Congreso Internacional Indicadores interseccionales y medidas de inclusión social en instituciones de educación superior*, Berlín, Freie Universität. 2012.

Solo en la medida en que, la legislación, las resoluciones judiciales, las políticas públicas; así como la suma de esfuerzos de la sociedad identifiquen la existencia de las desigualdades múltiples se podrán establecer soluciones transformadoras para erradicar el acceso dosificado de las oportunidades y prestaciones sociales que se vive en México y que dan origen a grupos segregados.

El problema de haber abordado la discriminación en forma paliativa durante décadas en México; es decir, desde la mirada "formal", salta a la vista con tan solo voltear la mirada a cualquier cruceo de cualquier avenida de cualquier ciudad del país; es allí donde la dispar situación socioeconómica se ha perpetuado, en la que el trabajo infantil es lo común, la xenofobia es vigente al ignorar a la artesana indígena o donde la delincuencia por desempleo tiene su centro de operaciones y es que el contexto socioeconómico es sin duda una causal de discriminación que enfatiza la condición vulnerable de las personas.

Para resolver el tema, el Estado debe generar obligaciones paulatinas de compensación; un buen modelo, sería la creación de un protocolo para juzgar, así como para crear políticas públicas y programas sociales con perspectiva de interseccionalidad. Es conocido la existencia de estos en materia de género, pero como bien lo he reseñado, el género puede ser solo uno de los componentes de la discriminación múltiple, por ende, los protocolos deberían abarcar las diversas realidades de la desigualdad.

Otra alternativa, es la que ya se genera desde algunas instituciones académicas privadas como el caso de la Universidad Anáhuac, una de las más caras de México en la que sus alumnas y alumnos realizan prácticas *in situ* en comunidades y ámbitos laborales de las áreas pobres de las ciudades donde opera, a efecto de que "se acerquen a gentes muy diferentes de las que ellos están acostumbrados", explica Ramón Leucona, profesor de dicha institución: "Ese acercamiento los sensibiliza para que cuando sean adultos tengan mayor conciencia de cómo viven otras personas en este país, cosas que de otra forma no se darían cuenta"²¹¹.

También es importante reflexionar sobre las concesiones que realiza el Estado mediante el otorgamiento de licencias para la creación de fracciona-

211. Ríos, *óp. cit.*

mientos en zonas residenciales exclusivas y privadas de México, que como se ha expuesto, incentivan la brecha de desigualdad socioeconómica, además de generar visiones distorsionadas de la realidad, si bien es verdad que en otras latitudes existen franjas habitacionales de alta plusvalía, estas no son “ghettos” inaccesibles con filtros exagerados de seguridad privada, que además vulneran el derecho a la movilidad.

En otro sentido, considero que el acercamiento de la cultura con las características de disponibilidad, accesibilidad e idoneidad en las regiones socioeconómicas marginadas del país a fin de generar conciencia sobre temas sensibles como el combate al racismo, al machismo o a la homofobia, resultarían de beneficio para la erradicación de las desigualdades múltiples.

Por otra parte, el llamado cuarto poder; es decir, los medios de comunicación que desempeñan un rol importante en la incidencia de la opinión pública tendrían que sumarse a la realización de cambios en su estructura al incluir a personas morenas y afrodescendientes dentro de su barra de programación como noticieros, telenovelas, comedias, etc.; así como sancionar el discurso de discriminación ya sea realizado en forma directa al emitir opiniones o indirecta al expresar mensajes sutiles a la audiencia a través de chistes o creación de contextos que busquen perpetuar las desigualdades.

El ámbito deportivo tampoco debería ser ajeno a adoptar modelos de inclusión y erradicación de las desigualdades múltiples al adoptar medidas temporales tendientes a incentivar la participación y consolidación de carreras de personas con discapacidad, de la comunidad LGTTIQ+, entre otros.

Finalmente, en el ámbito laboral mexicano se debería fortalecer y convertir en obligatorio al interior de las empresas e instituciones las áreas de inclusión laboral y no discriminación, así como la exigencia del cumplimiento de normas, capacitación, así como la conformación de comités en donde las y los trabajadores puedan denunciar casos de desigualdades y que estos se investiguen.

Fuentes de consulta

- ~ Alda, Facio, "El derecho a la igualdad entre hombres y mujeres", *Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano*, San José, 2009.
- ~ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, "Código Electoral". <https://www.tse.go.cr/pdf/normativa/codigoelectoral.pdf>
- ~ Boletín Oficial del Estado, "Recurso de inconstitucionalidad número 192/1980. Sentencia de 8 de abril de 1981.Sala Primera. Recurso de amparo número 96/80.-Sentencia de 10 de abril de 1981", Gaceta de Madrid. <https://www.boe.es/boe/dias/1981/04/25/pdfs/T00001-00013.pdf>
- ~ Brah, Avtar, "Lineamientos generales en relación a la interseccionalidad", *La interseccionalidad en debate—Actas del Congreso Internacional Indicadores interseccionales y medidas de inclusión social en instituciones de educación superior*, Berlín, Freie Universität. 2012.
- ~ Butler, Judith, and Nancy Fraser, "¿Redistribución o reconocimiento?", *Un debate entre marxismo y feminismo*, Madrid, Traficantes de sueños, 2016.
- ~ Casado, María, ed. *Sobre la dignidad y los principios: análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos [de la] UNESCO*. Civitas Thomson Reuters, 2009.
- ~ Codinach, Guadalupe Jiménez, "La Confédération Napoléonnie. El desempeño de los conspiradores militares y las sociedades secretas en la Independencia de México", *Historia Mexicana*, 1988.
- ~ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Derechos Humanos, Historia e Institucionalización en México*, México, 2016.
- ~ Congreso de la Nación Argentina, "Constitución de la Nación Argentina". <https://www.congreso.gob.ar/constitucionNacional.php>
- ~ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2023.

~ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso "Rosendo Cantú y otras vs. México", 2010. https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=339

~ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso González y Otras (Campo Algodonero) vs. México, 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

~ Corte Interamericana de Derechos Humanos, "OPINIÓN CONSULTIVA OC-18/03", 2003. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf

~ Corte Suprema de Canadá, "Egan vs. Canadá", 1995. <https://academia-lab.com/enciclopedia/egan-contra-canada/>

~ Corte Suprema de los Estados Unidos, "Fallo PLYLER contra DOE", 15 de junio de 1982. <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/457/202.html>

~ Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores Superiores e Interpretación Constitucional*, Tirant lo Blanch, México, 2018.

~ Fiss, Owen M. *Una comunidad de iguales: una protección constitucional de los nuevos ciudadanos*. Miño y Dávila, 2002.

~ García Huerta, Daniel Antonio, "Construir la igualdad, reflexiones en clave judicial", Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2022.

~ García Huerta, Daniel Antonio, Diplomado "La Suprema Corte y los Derechos Humanos 2022", Suprema Corte de Justicia de la Nación, Video: martes 13 de septiembre, 2022, módulo V Igualdad y No Discriminación, México, 2022. <https://www.youtube.com/watch?v=neIsiY3kR9Y&t=2188s>

~ Luan Ramos, Dominique. "Discriminación interseccional, desarrollo del concepto, inclusión en la jurisprudencia del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, el concepto en la jurisprudencia nacional." *Estudios constitucionales* 19.2, 2021.

~ Marín, Rut Rubio, "La protección constitucional de los extranjeros ilegales en Estados Unidos. A propósito de la proposición 187 del Estado de California", *Revista española de derecho constitucional*, 46, 1996.

~ Ochoa, José Luis Caballero, and José Ricardo Robles Zamarripa, "Un «enfoque

trifurcado» hacia la (s) desigualdad (es) desde el derecho. La igualdad formal, la sustantiva y la socio-económica”, *La Igualdad*, 95.

~ ONU Mujeres y otros, “La Igualdad de Género”, México, 2018. <https://hchr.org.mx/puntal/wp/wp-content/uploads/2020/06/IGUALDAD-DE-GENERO-2018-web.pdf>

~ ONU, “Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia”, Sudáfrica, 2021. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/DurbanDecProgAction_sp.pdf

~ Post, Robert, “Prejudicial appearances: The logic of American antidiscrimination law”, *Calif. L. Rev.* 88, 2000.

~ Recomendación General Número 5. Sobre el caso de la discriminación en las escuelas por motivos religiosos, 2018. <https://www.cndh.org.mx/documento/recomendacion-general-numero-5-sobre-el-caso-de-la-discriminacion-en-las-escuelas-por>

~ Rey Martínez, Fernando; “La Discriminación Múltiple, una Realidad Antigua, un Concepto Nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, 2008.

~ Ríos, Viri, “De un lado a otro, así se vive la desigualdad en México”, *El País*, 30 de enero de 2023. <https://elpais.com/mexico/2023-01-30/de-un-lado-del-otro-asi-se-vive-la-desigualdad-en-mexico.html>

~ Saba, Roberto P, “Las acciones afirmativas y las dos caras de la igualdad”, *DISCRIMINACIÓN*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2021.

~ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “El Principio de Igualdad de Género en la Jurisprudencia Comparada”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014.

~ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Sentencia Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal”, 2017. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-175659%22%5D%7D>

~ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Sentencia caso B.S. c. España”, 2012. <https://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/TEDH/STEDH-Asunto-BS-Vs-Spain-MalosTratos-Racismo.pdf>

XI. Maternidad subrogada en México: aproximaciones desde los derechos humanos para su ejercicio responsable

Héctor Manuel Guzmán Ruíz 212

Planteamiento inicial

La maternidad subrogada involucra un ámbito límite en el cruce de la ciencia, la tecnología, la bioética, las libertades individuales, económicas y sociales de las personas que toman parte de este tipo de procedimiento -o, más importante aún, de los nacidos como resultado del mismo-, así como de las posibilidades y capacidades del derecho para regular con reglas generales eficaces y para decidir los casos concretos desde una perspectiva de principios.

El enfoque metodológico de las siguientes líneas se circunscribe a identificar el estado de arte de la cuestión, con especial interés en las principales problemáticas advertidas para *identificar si es que son posibles mecanismos de maternidad subrogada que sean respetuosos del marco regulatorio aplicable en México* y, destacadamente, de la dignidad y derechos humanos de las personas involucradas.

Líneas que consideran tanto los tramos legislativos de mejora (los alcances y silencios de la normatividad mexicana aplicable), las posibilidades prácticas que se abren desde los precedentes judiciales (declaratorias de constitucionalidad e inconstitucionalidad, la delimitación de los alcances de derechos de las personas susceptibles de tomar parte en un procedimiento de maternidad subrogada) y, los aspectos que, en su caso, tendrían que tomarse en cuenta por parte de las personas que desearan optar por este tipo de medio para conformar su familia en el marco del respeto a los derechos humanos.

212. Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana, Ciudad de México. Profesor-investigador de la Escuela Nacional de Ciencias Forenses de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador nacional, nivel 1, CONAHCYT.

Ello, con especial referencia al estado de Tabasco por ser la entidad federativa pionera en estos tratamientos y que, en consecuencia, ha generado mayores insumos jurídicos de análisis.

Breve referencia a la maternidad subrogada en el derecho comparado

Para efectos de las consideraciones posteriores, podemos entender la maternidad subrogada como “un acto voluntario nacido como consecuencia de la posibilidad práctica de inseminación artificial o una técnica de fecundación in vitro y se caracteriza por el empleo de un vientre de una mujer ajena al de la que lo desea”²¹³.

A nivel internacional, el marco regulatorio comprende posiciones restrictivas, como la de España, en cuya Ley 14/2006 del 26 de mayo sobre técnicas de reproducción asistida, en específico, en su artículo 10, prohíbe de pleno derecho el contrato, sea a título gratuito u oneroso, asigna la filiación al parto y deja a salvo la vía de reclamación de paternidad²¹⁴.

Una posición diversa puede advertirse en países como Canadá, que permite la maternidad subrogada siempre que sea a título gratuito, estableciendo un tope máximo del monto que los padres receptores pueden cubrir en relación con los gastos generados por el embarazo (consultas, medicinas, traslados). Una cuestión que igualmente vale la pena destacar es que la filiación es asignada judicialmente previamente al nacimiento del producto de la subrogación, sin restricciones de preferencia sexual o exigencia de un estado civil determinado²¹⁵.

En contrapartida, es posible identificar países que prohíben expresamente la subrogación en la que medie el lucro, como es el caso de la India, que

213. González Parada, Amayalli. “Derechos fundamentales y subrogación materna en México: la regulación en Tabasco, Sinaloa y Ciudad de México, en: UACJ, *Revista Especializada en Investigación Jurídica*, año 4, núm. 7, julio-diciembre, pp. 169-170.

214. Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

215. Sobre la operación de las agencias canadienses de subrogación, véase: Canadá: Plural, Accessible And Effective. <https://www.surrogacy365.com/destinations/canada/>

dio un giro de ciento ochenta grados sobre esta cuestión, derivado de múltiples abusos y problemáticas asociadas a tal práctica²¹⁶.

Mientras que, en los pronunciamientos de los tribunales, puede referirse, el “caso Kane”, en tanto fue el primer precedente judicial en el que se estableció la obligatoriedad del contrato de subrogación:

El primer contrato formal suscrito entre una madre subrogada y una pareja comitente se otorgó en 1976 en Michigan (EEUU), bajo la supervisión del abogado Noel Keane y con las variantes tradicional y altruista. Poco después, en el año 1980 tuvo lugar la subrogación comercial, por la cual una mujer de Illinois, conocida bajo el pseudónimo de Elizabeth Kane, aceptó convertirse en madre de alquiler a cambio de una contraprestación económica de diez mil dólares. Sin embargo, tras dar a luz se mostró reacia a entregar al bebé, por lo que tuvo muchos problemas legales, hasta que al final le fue denegada la custodia del niño en base al convenio que había suscrito²¹⁷.

216. “La India fue uno de los países más solicitados en la última década por extranjeros provenientes de países ricos para contratar madres subrogadas. El auge de la subrogación fue tan demandante que se crearon agencias dedicadas a atraer turismo reproductivo extranjero, así como casas de acogida en que las madres pasaban el periodo de gestación completo en condiciones deplorables. Era común que las mujeres firmaran de manera coercitiva contratos en idiomas extranjeros que les resultaban imposibles de leer, pues generalmente se trataba de mujeres de poblaciones rurales, casadas (o madres solteras) y con hijos, de bajos recursos económicos y poca o nula educación que se vieron en la necesidad de rentar su vientre por una retribución económica como la única manera de mantener a sus familias.” González Parada, *óp. cit.*, p. 176.

217. Vilar González, Silvia, “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho de la UNED (RDU-NED)*, 14, 2014, pp. 902-903. En ese sentido: “[...] la pareja Stern había decidido acceder a una madre subrogada debido a que la señora Stern sufría de esclerosis múltiple y embarazarse supondría un riesgo de salud muy grande. Deciden entonces contratar a Mary Beth Withead para llevar el embarazo, inseminándola con el esperma del señor Stern, pactando que Mary Beth renunciaría a sus derechos sobre la maternidad del bebé a favor de la señora Stern. La madre subrogada, arrepentida de tener que entregar al bebé, decide reclamar los derechos sobre “su hija”. La Suprema Corte de Justicia se pronunció en este caso a favor de los Stern, reconociendo que, atendiendo al interés superior del menor, era más conveniente que este se quedara con sus padres adoptivos, pero dándole a la madre subrogada derechos de visita.” González Parada, *óp. cit.*, p. 172. A mayor abundamiento: “Pionera en la defensa de la maternidad subrogada en los Estados Unidos, Elizabeth Kane decidió en 1980 gestar un hijo ajeno por un precio de 10.000 dólares. Tenía entonces 37 años, marido e hijos. Confesó a la prensa que, aunque cobraba una tasa, lo hacía «por puro amor». Siete años más tarde, sin embargo, testificó en el Congreso norteamericano junto con Mary Beth Whitehead —Ms. Whitehead en el pionero caso Baby M— para solicitar que la maternidad subrogada fuese tipificada como delito federal. Según afirmó entonces, «todo lo que estáis haciendo es transferir el dolor de una mujer a otra, de la mujer que sufre por su infertilidad a la mujer que tiene que entregar a su hijo»” Simón y Arza, Fernando, “Gestación subrogada o vientres de alquiler: reflexiones a la luz del derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos2”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2017, p. 8.

Igualmente, uno de los casos pioneros fue el conocido como “Baby M” a cargo del Tribunal Supremo de New Jersey que dictó sentencia en febrero de 1988 en la que revocó la resolución del tribunal superior del Estado que “estableció que la madre subrogada incumplió con el contrato por no haber entregado a la criatura y por no renunciar a sus derechos de progenitora en relación a la niña”²¹⁸. De modo que el tribunal declaró nulo el contrato y su inexigibilidad, quedando la custodia en favor del padre biológico y con derechos de visita a la madre sustituta. Otro precedente señero es el caso *Buzanca vs Buzzanca*, que exploró la responsabilidad contractual de los padres subrogantes²¹⁹.

Por último, puede citarse el precedente *Johnson vs Calvert* que:

[...] fue el primer que se presentó en la Corte de California, donde se disputaba un contrato de maternidad subrogada, en la que la subrogada no era la madre biológica. Ya antes se había analizado algunos otros casos en que la subrogada era, además de la madre gestante, la madre biológica, al haber proporcionado el óvulo de la fecundación [...] Al final, la Corte reconoció que, de conformidad con la ley, sólo puede ser reconocida a una persona como madre legal, y que Anna Johnson no tenía ningún vínculo legal ni biológico con el bebé que dio a luz en 1993. Ella apeló la resolución de la Suprema Corte de California ante la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de Améri-

218. Briseño Montes Centella y Hans Jurado Paredes, “Gestación sustituta y subrogada en México, derecho humano no reconocido constitucionalmente”, *Derechos Fundamentales a Debate*, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco, s/a, p. 34.

219. “Por otro lado, en *Buzanca vs Buzzanca*, se discute la responsabilidad legal de los padres comitentes una vez firmado el contrato. El conflicto se suscita cuando los *Buzanca* deciden someterse a un procedimiento de subrogación, debido a que John *Buzanca* tenía una baja concentración de espermatozoides y su esposa Luanne padecía endometriosis, haciendo casi imposible que concibieran de forma natural. Decidieron entonces buscar un donante de semen, una donante de óvulo y a una mujer que gestara al bebé, y que los dos primeros fueran anónimos para evitar los problemas del caso *Baby M*, mientras que la madre gestante sería alguien conocida por ambos. Un mes antes del nacimiento, los *Buzanca* se divorciaron. Luanne se hace cargo de la bebé —a quien nombra *Jaycee*—, pero John se niega a reconocer la custodia y a cumplir con sus obligaciones legales, es entonces que Luanne lleva el caso a los tribunales. El tribunal de primera instancia determina que la niña es legalmente huérfana, siendo esta la primera vez en la que un bebé nacido de este procedimiento quedaba sin padres legales. Al final de una larga batalla legal, el juez determinó que los *Buzanca* eran los padres porque la intención de ser padre era la que generaba las obligaciones para con el bebé, no su aportación genética (Rodrigo, 2015). Sin embargo, es hasta el caso *Johnson V. Calvert* en que se crea un precedente que aclara definitivamente que la paternidad se da por la intención de la procreación, no por la aportación genética o de quien lo haya gestado o parido (Bashur, 2008).” *Ibidem*, pp. 172-173.

ca, sin embargo, la apelación fue rechazada. Al término de las disputas legales, Christopher Michel tenía tres años y nueve meses de edad²²⁰

Estado de arte en la legislación mexicana

Legislación vigente

A nivel federal no existe una regulación sobre maternidad subrogada²²¹. El desarrollo legislativo concerniente se ha dado a nivel estatal, en codificaciones familiares que salvo las legislaciones que se abordan en específico, se circunscriben a prever la reproducción asistida, por ejemplo:

- Estado de México: artículo 4.412 del Código Civil²²²;
- Michoacán: artículo 150 del Código Civil²²³;

220. Dobering Gago, Mariana, Maternidad Subrogada: su regulación, IJ-UNAM p. 280. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4733/14.pdf>. Vale destacar respecto de este precedente que: “[...] la Suprema Corte de California en el caso Johnson v. Calvert señaló que, aunque era razonable pensar que las mujeres de escasos recursos eran más propensas a celebrar contratos de maternidad subrogada ocupando en ellos la posición de madre subrogada, no existía prueba de que estos acuerdos explotaran a las mujeres pobres en mayor medida de lo que lo hacen los trabajos de bajos salarios o no deseables que estas deben aceptar como consecuencia de su necesidad económica. Adicionalmente, la corte indicó que no existía evidencia que sustentara la posición de que los contratos de maternidad subrogada promovieran el tratamiento de los recién nacidos como mercancías. Cfr. Camilo A. Rodríguez-Yong y Karol Ximena Martínez-Muñoz. “El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense”, Revista de Derecho (Valdivia), Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. vol.25 no.2 Valdivia dic. 2012, p. 71.

221. Sobre el particular destaca GIRE: “En México, dos entidades federativas permiten este tipo de contratos: Tabasco y Sinaloa. En ambos casos la legislación atiende temas de orden civil. Sin embargo, la regulación de la gestación subrogada implica también cuestiones sanitarias, que son materia de salubridad general y, por lo tanto, competencia de la Federación. Dado que los acuerdos de gestación subrogada utilizan técnicas de reproducción asistida (TRA)² para el establecimiento del embarazo, la ausencia de una regulación sobre reproducción asistida en México afecta las condiciones en las que se llevan a cabo estos contratos. En este sentido, es urgente que tanto el Congreso de la Unión como la Secretaría de Salud atiendan sus obligaciones y emitan una normativa en el tema, compatible con los derechos humanos y con los avances de la ciencia. Mientras ésta no exista, las partes involucradas seguirán desprotegidas, vulnerables a diversas violaciones a sus derechos humanos.” GIRE, Gestación subrogada en México. *Resultados de una mala regulación*, visible en: <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.

222. Artículo 4.112. La reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial solo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge. Tampoco podrá dar en adopción al menor nacido, mediante este método de reproducción.

223. Artículo 150. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio, socorrerse mutuamente, procurarse ayuda, solidaridad y asistencia. Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, así como emplear, en los

- Zacatecas: artículo 123 del Código Civil²²⁴.

Dentro de los Estados que sí contemplan específicamente la maternidad subrogada como un sucedáneo de la reproducción asistida, se encuentran Sonora, San Luis Potosí, Querétaro, Sinaloa, Coahuila y Tabasco. A continuación, se retoman particularidades de estas entidades, salvo Tabasco²²⁵, que será motivo de referencia posterior, en virtud de que su legislación fue motivo de análisis específico por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los dos precedentes que generaron las pautas interpretativas en la materia.

términos que señala la Ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

224. Artículo 123. Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, así como a emplear cualquier método de procreación asistida para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges en los términos establecidos por la Ley.

Artículo 246.- El parentesco de consanguinidad es el vínculo que existe entre personas que descienden de un tronco común. También se considera parentesco por consanguinidad, el vínculo existente entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hubieren procurado el nacimiento.

225. **Sobre este Estado, baste decir por ahora, a modo de contextualización de las problemáticas advertidas sobre la maternidad subrogada, que dieron lugar al régimen prohibicionista analizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:** “Tenemos que el estado de Tabasco denomina a la gestación por sustitución, como maternidad subrogada en su Código Civil, fue en el año de 1997, cuando Tabasco reconoce esta figura en el artículo 92 del citado código, esto hizo que Tabasco se posicionara como el primer estado de la República Mexicana en reconocer la subrogación de vientre [...] El citado artículo disponía lo siguiente: [...] En los casos que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado en la adopción plena [...] Como podemos observar, dicho artículo es poco claro, ya que deja abierta la oportunidad a cualquier persona de acceder al uso de la subrogación materna, es decir, no enunciaba restricción alguna. Dicha situación originó que el recurrir a la maternidad subrogada se volviera una actividad bajo el arbitrio de las partes. En donde podían pactarse acuerdos de subrogación mediante la existencia de una remuneración económica, o bien realizarse de forma gratuita. Sin embargo, predominaba su empleo con la condición de recibir un pago o compensación económica a cambio. Mismo que dio origen a las agencias de publicidad para contacto y mediación con los interesados, que a su vez fomentaron el crecimiento de estructuras empresariales dispuestas a diseñar propuestas acordes a los intereses y necesidades de los posibles padres intencionales. Durante dieciocho años se realizaron acuerdos de gestación subrogada entre particulares, y agencias locales e internacionales; dichas agencias se desempeñaban como punto de contacto entre parejas o personas solicitantes, en su mayoría extranjeras, y las mujeres gestantes; mismas que proporcionaban apoyo de contacto a los solicitantes con las clínicas, donde se les ofrecía la información completa de los pasos y requisitos totales que el servicio requeriría de acuerdo a las necesidades particulares de los solicitantes, tal como son: el número de visitas al país, procedimiento a seguir, selección de gestante, técnica a aplicar, fecundación, implantación del embrión, seguimiento y costos totales hasta el nacimiento. Durante la vigencia de dicha ley, las mujeres gestantes recibían un pago mensual aproximadamente de dieciocho mil pesos, es decir, 180,000 pesos en total por llevar a cabo la subrogación materna [...] se llegaron a ofertar contratos de maternidad con costos de 43,000 dólares, los cuales se incrementaban dependiendo de la nacionalidad de los solicitantes, si eran parejas heterosexuales, homosexuales, o persona sola. Es importante mencionar que los arreglos económicos eran ajenos a las mujeres gestantes, que estos eran realizados entre las agencias y los padres internacionales; las mujeres gestantes únicamente recibían el pago que la agencia determinara por su participación como gestadora. Aguilar Vergara, Marcela Alejandra. “Gestación por sustitución en el Estado de Tabasco: análisis de una regulación deficiente”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana*, marzo de 2021, núm. 4, s/p.

En Sonora se prevé como causal de divorcio el que cualquiera de los cónyuges se someta a métodos de reproducción asistida sin el consentimiento del otro; en este Estado, del nacimiento por técnicas de reproducción asistida con gametos ajenos, surge el parentesco voluntario; además, se regula la gestación heteróloga al determinarse que cuando el embarazo se obtenga de esta manera, los cónyuges o concubinos serán considerados padres biológicos del niño²²⁶.

El Código Familiar para el Estado de *San Luis Potosí* regula con mayor amplitud los diferentes tipos de reproducción asistida, estableciendo que podrá practicarse la: a) transferencia intratubaria de cigoto o transferencia tubárica de embriones; b) fertilización in vitro, y c) fertilización inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) la cual se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos, o su capacidad de fertilización está disminuida²²⁷. Este estado

226. Artículo 156.- Son causas de divorcio por culpa (...)

XV.- El someterse uno de los cónyuges a métodos de reproducción asistida con material genético de terceros, sin consentimiento del otro.

Artículo 206.- El parentesco voluntario es el que nace de la adopción; del nacimiento obtenido mediante técnicas de reproducción asistida con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos, y de la afiliación o acogimiento de menores huérfanos, abandonados o entregados lícitamente por sus padres, siempre que la relación se prolongue por más de un año con todas las características y fines de la relación paterno-filial.

Artículo 207.- Cuando el embarazo se obtenga por técnicas de reproducción asistida con material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos, los que usen voluntariamente gametos de terceros serán considerados como padres biológicos del niño que nazca por estos métodos, siempre que hayan otorgado expresamente su autorización. El hijo podrá solicitar, al llegar a su mayor edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio.

Artículo 208.- El consentimiento de los cónyuges o concubinos equivaldrá a la cohabitación para efectos de la paternidad y serán considerados padres biológicos del hijo engendrado a través de dichas técnicas, para todos los efectos legales, excluyendo cualquier derecho u obligación del donante.

La autorización para la reproducción asistida, admitiendo la paternidad o maternidad del producto, puede hacerse ante el director de la Clínica o Centro Hospitalario, ante notario público o por acuerdo privado suscrito ante testigos.

Artículo 213.- La filiación consanguínea es el vínculo de parentesco que surge de la relación genética entre dos personas, por el sólo hecho de la procreación, incluyendo la reproducción asistida con material genético de ambos padres.

227. Artículo 236. Se entiende por reproducción humana asistida, la que se verifica a través de la participación de terceras personas y el empleo de técnicas biológicas de reproducción sin coito de la pareja.

Artículo 237. Se entiende por técnicas de reproducción asistida aquellas donde la unión de las células germinales o la implantación del embrión en el útero, se logra mediante la intervención directa en el laboratorio.

Artículo 238. Las técnicas de reproducción asistida que podrán practicarse serán las siguientes:

I. Transferencia intratubaria de cigoto o transferencia tubárica de embriones, consistente en la colocación de los embriones en la matriz de la mujer, utilizando material quirúrgico;

II. Fertilización in vitro, método en el que los espermatozoides previamente preparados y seleccionados son depositados en una caja de vidrio que contiene un medio de cultivo especial, y

III. Fertilización ICSI, ésta se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos, o su capacidad de fertilización está disminuida.

de la república regula y define el acceso a diversas técnicas de reproducción asistida, estableciendo consecuencias jurídicas respecto a la filiación entre los intervinientes; no obstante, dicha entidad federativa optó por prohibir expresamente la práctica de la gestación subrogada, señalando que, de realizarse, ésta será inexistente y que el niño que nazca como consecuencia de su práctica, será considerado hijo de la madre que lo gestó.

En el mismo sentido, el Código Civil del Estado de Querétaro establece una prohibición tajante ya que las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión²²⁸.

El Código Familiar del Estado de *Sinaloa* define a la reproducción humana asistida como las prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante el conjunto de técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la Secretaría de Salud, y realizadas con la intervención del personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos, de uno o ambos sexos; además de la reproducción de cigotos y embriones que permita la procreación fuera del proceso natural, de la pareja infértil o estéril²²⁹.

Dentro de las técnicas de reproducción asistida, Sinaloa reconoce a la maternidad subrogada efectuada a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva

228. Artículo 400. Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión.

229. Artículo 282. Se entiende por reproducción humana asistida, las prácticas clínicas y biológicas, para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante el conjunto de técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la Secretaría de Salud, y realizadas con la intervención del personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos, de uno o ambos sexos; además de la reproducción de cigotos, y embriones, que permita la procreación fuera del proceso natural, de la pareja infértil o estéril. --- Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por fecundación heteróloga, aquella en que por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero. --- Sólo será válido el consentimiento expresado en vida del disponente primario, con las formalidades que esta Ley exige, para efectos de inseminación post mortem.

en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento²³⁰.

De las modalidades de maternidad sustituta que se reconocen en el Estado de Sinaloa, se encuentran las siguientes: *a. Subrogación total*, que implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante; *b. Subrogación parcial*, es la que se da, cuando la mujer gestante es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante; *c. Subrogación onerosa*, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación; y *d. Subrogación altruista*, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita²³¹.

Iniciativas de reforma presentadas

En el escenario legislativo se han presentado diversas iniciativas en torno a la maternidad subrogada -todas ellas, con riesgos para el esquema de servicios de intermediación que se busca implementar, de materializarse, aunque deberían vencer los pronunciamientos emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que fueron emitidos con posterioridad.

230. Artículo 283. La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento. --- Pueden ser madres subrogadas gestantes, sólo las mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.

Artículo 284. La maternidad de sustitución, admite las siguientes modalidades: I. Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante; II. Subrogación parcial, es la que se da, cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante; III. Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación; y, IV. Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita

a. Iniciativa de la Senadora Olga Sánchez Cordero (Movimiento Regeneración Nacional, MORENA), presentada el 15 de noviembre de 2018.

La iniciativa regula diversas cuestiones relativas a la reproducción asistida como parte de los aspectos contemplados en la Ley General de Salud, entre otros: proponiendo una definición legal, indicando que los requisitos del servicio y personal se regularán en el reglamento de la ley; requisitos para ser susceptible del tratamiento (ninguno de ellos discriminatorio), técnicas prohibidas (ninguna de ellas restrictivas para la subrogación); se ordena la creación de un registro nacional de reproducción asistida.

No obstante, propone tipificar con penas de seis a diecisiete años a quien comercialice o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de gametos relativos a la reproducción asistida; así como a quien promueva, facilite o publicite la obtención o procuración ilegal de gametos relativos a la reproducción asistida. Lo cual es potencialmente dañoso si la legislación civil estatal no se encuentra armonizada para el registro de hijos nacidos por subrogación, lo que podría incidir en que un error en la estrategia jurídica, por ejemplo, tramitación del respectivo amparo indirecto para los servicios de intermediación y para obtener el acto registral derive en que se consideraren tales actividades como ilegales.

Precedentes judiciales relevantes

Son dos los precedentes generados por la SCJN (uno por parte del Pleno y otro de la Primera Sala) que, de manera reciente, se han pronunciado sobre la maternidad subrogada, allanando interpretativamente el camino para el desarrollo de servicios de colaboración tercerizada en la materia:

A. Acción de Inconstitucionalidad 16/2016, resuelta el 7 de junio de 2021, bajo la ponencia de la ministra Norma Lucía Piña. Analizó en esencia si el Congreso de Tabasco invadió facultades de la Federación al regular cuestiones de salubridad general (disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células, lo que incluiría las germinales, como lo son las propias de la fecundación). Los aspectos relevantes son:

1. Invalidez del párrafo primero del artículo 380 bis del Código Civil para el Estado de Tabasco:

- De los artículos 3 y 13 de la Ley General de Salud, se desprende que el *control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, y células*, es de aquellas materias de salubridad general en las que les corresponde a las autoridades federales, no sólo emitir las normas oficiales mexicanas que rigen en todo el país la prestación de estos servicios, sino también organizar y operar los servicios respectivos y vigilar su funcionamiento (párrafo 162 de la ejecutoria).
- Ya que cuando el Congreso local se refiere a la *reproducción de cigotos y embriones* se legisló sobre los distintos estadios de la reproducción humana, esto es, reguló cuestiones relativas al proceso del desarrollo embrionario que no se inscriben en el ámbito de su competencia (párrafo 181), pues en términos del artículo 124 constitucional, tienen competencia para regular las consecuencias civiles y familiares que se derivan del uso de las técnicas de reproducción asistida, pero no así las cuestiones técnicas/sustantivas relativas a la disposición de las células necesarias para lograr cualquier proceso de reproducción humana (párrafo 182).
- En el párrafo primero del artículo 380 Bis, al referirse a parejas “infértiles o estériles”, el Congreso del Estado de Tabasco determinó la *condición médica* de aquellos que pueden acceder a esta técnica de reproducción asistida, es decir, estableció que sólo las parejas estériles o infértiles podrán acceder a esta forma de reproducción, invadiendo competencias de la Federación en materia de planificación familiar, específicamente, para establecer el *perfil de salud* de aquellas personas que deciden hacer uso de esta técnica de reproducción asistida (párrafo 184).
- En consecuencia, no corresponde al legislador del Estado de Tabasco limitar el acceso a esta técnica de reproducción asistida únicamente a las parejas estériles e infértiles, pues, cualquier aspecto relativo a las condiciones de salud de aquellos que intervienen en el procedimiento de gestación subrogada -contratantes y, particularmente, mujer gestante- corresponde a la Federación en términos de lo dispuesto por la Ley General de Salud, pues, deberá ser ésta la que, a partir de una política nacional en

materia de salud reproductiva y planificación familiar, defina el perfil de quienes pueden acudir a este procedimiento (párrafo 188).

- El Tribunal Pleno, *en suplencia de la queja*, consideró que el tercer párrafo del artículo 380 Bis del Código Civil para el Estado de Tabasco es inconstitucional en la porción normativa que establece “por algún cónyuge o por algún concubino” al excluir de manera injustificada a las mujeres de la posibilidad de expresar su consentimiento para que sus gametos puedan ser fecundados *post mortem*.

2. Inconstitucionalidad del artículo 380, Bis 3, párrafo quinto del del Código Civil para el Estado de Tabasco:

- Por violación a los principios del interés superior del menor, legalidad y seguridad jurídica, en la porción normativa que dice: *“En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes”*; dado que permite a la gestante sustituta o su cónyuge, demandar la paternidad o maternidad en caso de la muerte o incapacidad del padre ‘o’ madre contratantes (párrafo 222).
- La accionante afirmó que esta regulación violenta el interés superior del menor en relación con el derecho a no ser separado de las personas que ejerzan la patria potestad; ya que al regular *“en caso de la muerte o incapacidad del padre o madre contratantes”*, utilizando la conjunción ‘o’ en lugar de emplear la conjunción ‘y’, posibilita que si uno sólo de los cónyuges contratantes queda incapacitado o muere, el otro queda excluido del ejercicio de la patria potestad, dándole la oportunidad a la gestante sustituta o a su cónyuge, para demandar la paternidad o maternidad (párrafo 223). Lo cual, el Tribunal Pleno estimó fundado, suplido en deficiencia (párrafo 224).
- De tal modo, es inconstitucional el quinto párrafo del artículo 380 Bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco pues establece una regla que coloca a las mujeres gestantes y a sus cónyuges en una especie de prelación respecto de otras personas que pudieran asumir la custodia

del hijo nacido bajo esta técnica de reproducción —abuelos, tíos y otros parientes— que imposibilita al juzgador a determinar, atendiendo a las circunstancias del caso y a las particularidades de la niña o el niño, qué es lo mejor para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de su derecho a la filiación (p. 239).

3. El Pleno estimó fundado el concepto de invalidez en el que se cuestionó la inconstitucionalidad de los párrafos cuarto y sexto del artículo 380 Bis 3 del Código Civil para el Estado de Tabasco²³², por vulnerar el derecho de la mujer gestante al libre desarrollo de la personalidad, en particular, su derecho a tomar todas aquellas decisiones relacionadas con la disposición de su cuerpo con fines reproductivos.

- El planteamiento de inconstitucionalidad de la accionante radicó en demostrar que se vulnera el derecho de las mujeres a tomar decisiones en relación con su propio cuerpo, pues éste se subordina al conocimiento y/o a la autorización de su cónyuge o concubino que, en términos de los párrafos cuarto y sexto del artículo 380 Bis 3, tiene que firmar el contrato de gestación (párrafo 253).
- Asistió razón a la accionante, pues exigir que el contrato de gestación sea firmado —incluso autorizado— por el cónyuge o concubino de la mujer gestante perpetúa el estereotipo de que los varones tienen “de-

232. “Artículo 380 Bis 3

(...)

La gestante, para poder celebrar contrato de gestación, deberá acreditar, mediante dictamen médico expedido por institución oficial de salud, que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento; lo que no impediría que pueda donar el óvulo para la fecundación in vitro o portar al producto fecundado en su vientre **mediando conocimiento del cónyuge o concubino**.

(...)

La voluntad que manifiesten las partes para la realización del contrato de gestación deberá constar de manera indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal; no obstante, las partes podrán ser asesoradas por sus abogados, si así lo requieren. El contrato de gestación lo firmarán la madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, **su cónyuge o concubino**, así como un intérprete, de ser necesario, debiendo quedar asentados el lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento. El contrato deberá ser firmado ante notario público, quien estará obligado a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en los párrafos primero a cuarto de este artículo.

(...)”

recho” sobre el cuerpo de la mujer, particularmente, sobre la capacidad reproductiva de sus cónyuges o concubinas (párrafo 254).

- La norma en cuestión perpetúa el estereotipo de que la mujer no puede ejercer su capacidad reproductiva de manera autónoma, al requerir la autorización de su pareja para suscribir un contrato de este tipo. Al posibilitarse la intervención del cónyuge o concubino en la decisión de la mujer de someterse a un procedimiento de gestación subrogada, se reitera la concepción de que su cuerpo no le pertenece, pues la finalidad del mismo es convertirla en “madre de familia”, de manera que la intervención de su cónyuge o concubino resulta determinante en la decisión —*su decisión*— de participar como gestante (párrafo 255).
- En suplencia de la queja, el Alto Tribunal advirtió que el párrafo sexto del artículo 380 Bis 3 impugnado, al establecer que el contrato de gestación subrogada deberá ser firmado por *la madre y el padre contratantes*, resulta discriminatorio con motivo de la orientación sexual y el estado civil. Lo anterior, porque circunscribe el acceso a esta técnica de reproducción asistida únicamente a “parejas” constituidas por un hombre y una mujer²³³, con lo cual discrimina a las parejas del mismo sexo que quieran acceder a un procedimiento de gestación por sustitución o, incluso, a cualquier persona soltera, sea mujer u hombre (párrafo 266).
- El Tribunal llega a la convicción de que la exclusión de las parejas homosexuales y de personas solteras del acceso y uso de la técnica de reproducción asistida denominada gestación por sustitución no es una medida que protege el mandato constitucional del artículo 4° (párrafo 276).
- En efecto, estableció el Pleno que al definir que el contrato de gestación por sustitución habrá de ser contratado por una madre y un padre, la norma excluye injustificadamente a las parejas homosexuales y a los

233. Del análisis del Decreto impugnado se advierte que el legislador tabasqueño se refiere de forma indistinta a: pareja contratante, padres contratantes, madre y padre contratante, o bien, hace referencia a los cónyuges o concubinos contratantes; atendiendo a lo anterior este Tribunal se referirá a la pareja contratante en el entendido de que ésta se refiere a cónyuges o concubinos y a que en términos del artículo 153 del Código Civil del Estado de Tabasco, si bien no expresamente en relación con el matrimonio, define el concubinato como la unión de un hombre y una mujer.

solteros de poder acceder a esta técnica de reproducción, cuando ni las preferencias sexuales, ni el estado civil resultan relevantes para la protección de la familia en términos del artículo 4° constitucional. Al respecto, se sostuvo que al preverse en el artículo 380 Bis 5 del Código Civil para el Estado de Tabasco, los requisitos del contrato de gestación, el legislador local incurrió en una omisión legislativa, porque el Congreso del Estado, emitió la norma deficiente al no establecer lo relacionado al ámbito económico de dicho contrato; es decir, el legislador al prever un capítulo ad hoc que denominó "Contrato de Gestación", *debió indefectiblemente regular el contenido económico del mismo* (párrafo 291).

- De acuerdo con la doctrina desarrollada por el Alto Tribunal, para demostrar que se configura una omisión legislativa relativa de ejercicio potestativo se tiene que advertir que, aun cuando no existe un mandato constitucional específico de legislar en un determinado sentido, lo cierto es que la ausencia de cierto contenido normativo provoca la contravención al texto constitucional. En este sentido, el control que puede hacer este Alto Tribunal en relación con la inactividad del legislador en el caso de las omisiones de ejercicio potestativo parte de la premisa fundamental de que, en la emisión de esta regulación, el legislador cuenta con una facultad discrecional (párrafo 299)
- La accionante fundamentó la inconstitucionalidad del artículo 380 Bis 5 pues a su parecer (i) el hecho de que el legislador local no haya establecido lo relativo al aspecto económico del contrato de gestación subrogada vulnera los artículos 14 y 16 constitucionales y, consecuentemente, el interés superior del menor por la incertidumbre que la ausencia normativa genera en el cumplimiento de estos contratos y (ii) atendiendo a lo previsto en la Ley General de Salud en relación con la *gratuidad* que caracteriza a la donación de órganos, aquellos de gestación subrogada también deben seguir este principio altruista (párrafo 300).
- El Tribunal Constitucional, llegó a la conclusión de que, la determinación de establecer sistemas comerciales o altruistas forma parte de la libertad configurativa de las legislaturas locales. Ello no obsta para que considere que la mayor protección para todas las personas involucradas en ese tipo de contratos se alcanzaría a través de una regulación integral,

que permita tanto los contratos de gestación onerosos como gratuitos, pues, como se dijo en apartados anteriores, la prohibición de los contratos onerosos puede llevar a la práctica de la gestación subrogada en la clandestinidad, impactando a las mujeres más vulnerables, más pobres y desprotegidas (párrafo 303).

- Ante la falta de regulación sobre el carácter altruista o comercial del contrato de gestación subrogada, este Alto Tribunal considera que, al encontrarse este aspecto bajo la libertad configurativa del legislador, rige el principio de autonomía de la voluntad, con base en el cuál sino está prohibida la remuneración, como en el caso, entonces se entiende permitida y, en consecuencia el derecho de cobrar o no por el procedimiento de gestación le corresponde a la mujer gestante, pues es ella la que se somete al procedimiento en cuestión (párrafo 304).
- Sobre la gratuidad del contrato de gestación subrogada atendiendo a lo previsto en la Ley General de Salud. No asistió razón a la accionante cuando adujo que, de conformidad con lo previsto en la Ley General de Salud, los contratos de gestación subrogada en el Estado de Tabasco deben ser gratuitos. Como se desarrolló previamente, en la emisión de la regulación en la materia, el legislador local cuenta con una libertad de configuración que, siempre y cuando no atente contra ningún imperativo constitucional o convencional, le permite adoptar cualquier regulación en el ámbito civil, en el caso, en relación con el aspecto económico del contrato (párrafo 307).

B. Amparo en Revisión 129/2019, resuelto por la Primera Sala el 18 de junio de 2021, bajo la ponencia del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, analizó la legislación civil de Tabasco. A mayor detalle, se impugnó el impugnó en vía indirecta el Decreto 265 que contiene las normas generales impugnadas, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Tabasco el trece de enero de dos mil dieciséis, por el que se adicionó el Capítulo VI Bis denominado "DE LA GESTACIÓN ASISTIDA Y SUBROGADA"; integrado por los artículos 380 Bis; 380 Bis 1; 380 Bis 2; 380 Bis 3; 380 Bis 4; 380 Bis 5; 380 Bis 6 y 380 Bis 7, al Título Octavo "DE LA FILIACIÓN"²³⁴. (pp. 27 a 38 de la resolución).

234. CAPITULO VI BIS

DE LA GESTACION ASISTIDA Y SUBROGRADA

ARTICULO 380 Bis. Concepto de Reproducción Humana Asistida.

Se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención de personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos, además de la reproducción de cigotos y embriones, que permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril.

Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por fecundación heteróloga, aquella en que uno de los gametos es donado por un tercero y el otro gameto es aportado por uno de los cónyuges o concubinos.

Sólo será válido el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, con las formalidades que este Código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación.

ARTICULO 380 Bis 1. Gestación por Contrato.

La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

ARTICULO 380 Bis 2. Formas de Gestación por Contrato.

La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:

I. Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena; y

II. Sustituta: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.

ARTICULO 380 Bis 3. Condición de la Gestante.

La Secretaría de Salud del Gobierno del Estado determinará el perfil clínico, psicológico y social de la "madre gestante" previamente a su contratación, para comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.

Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser contratada como madre gestante.

Pueden ser contratadas como gestantes sólo las mujeres de entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad que tengan una buena salud biopsicosomática y que hayan dado su consentimiento de manera voluntaria para ser gestante subrogada o sustituta, habiendo adquirido plena información acerca del proceso, previa a la manifestación de su consentimiento.

La gestante, para poder celebrar contrato de gestación, deberá acreditar, mediante dictamen médico expedido por institución oficial de salud, que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento; lo que no impediría que pueda donar el óvulo para la fecundación in vitro o portar al producto fecundado en su vientre mediando conocimiento del cónyuge o concubino.

En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes.

La voluntad que manifiesten las partes para la realización del contrato de gestación deberá constar de manera indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal; no obstante, las partes podrán ser asesoradas por sus abogados, si así lo requieren. El contrato de gestación lo firmarán la madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino, así como un intérprete, de ser necesario, debiendo quedar asentados el lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento. El contrato deberá ser firmado ante notario público, quien estará obligado a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en los párrafos primero a cuarto de este artículo.

Las instituciones y clínicas de reproducción humana asistida, así como el personal médico especializado en esta materia, deberán estar previamente acreditados y autorizados por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado para la prestación de esos servicios; las clínicas deberán contar con la licencia sanitaria correspondiente.

Las instituciones que realicen este procedimiento y el control prenatal, deberán enviar un informe mensual a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, con copia del expediente clínico conforme a la legislación federal aplicable a la materia, además de lo que señale la legislación estatal.

Las instituciones que brinden atención obstétrica, resultado del procedimiento de reproducción asistida, deberán informar el nacimiento a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, durante las primeras veinticuatro horas de ocurrido el mismo y el tipo de atención brindada; esta notificación deberá incluir la copia del certificado de nacimiento del o los recién nacidos.

Los notarios públicos que participen en la celebración de contratos para estos procedimientos, deberán informarlo en un plazo de veinticuatro horas a la Secretaría de Salud y al Registro Civil del Estado, mediante copia certificada del instrumento celebrado entre las partes.

ARTICULO 380 Bis 4. Nulidad de Contrato de Gestación.

El contrato de gestación será nulo si se realiza bajo las siguientes circunstancias:

- I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
- II. No cumpla con los requisitos y formalidades que señala este Código;
- III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana;
- IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas; y
- V. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

La nulidad del documento no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica deberán acreditar que cumplen con la autorización de la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, debiendo informar ampliamente de las consecuencias médicas y legales por la implantación de pre embriones y embriones en el cuerpo de una mujer gestante. Actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación. El médico tratante deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir, cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.

ARTICULO 380 Bis 5. Requisitos del Contrato de Gestación.

El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:

- I. Ser ciudadanos mexicanos;
- II. Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;
- III. La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad;
- IV. La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula y reconocer su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir la relación contratada, respecto al o los recién nacidos y los padres contratantes una vez producido el nacimiento; y
- V. La gestante cumpla con los requisitos establecidos en el presente Código.

Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante adicionalmente deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la transferencia y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante, para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional. La mujer gestante, el padre y la madre contratantes, deberán someterse a los estudios que establezca la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado y que garanticen la salud de los implicados.

Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los

contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

Se autoriza únicamente la implantación de hasta dos embriones fecundados en un mismo procedimiento de reproducción asistida.

ARTICULO 380 Bis 6. Asentamiento del recién nacido.

El certificado de nacimiento será expedido por el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del o los recién nacidos; también llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, el que contendrá, en este caso, la constancia que la gestación fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada gestación por contrato.

El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por Juez competente, en los términos del presente Código.

ARTICULO 380 Bis 7. Responsabilidades.

El contrato de gestación carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres contratantes por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y presentar denuncias penales, en su caso.

Asimismo, podrá la gestante demandar a la madre y al padre contratantes el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.

Será obligación de los padres contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido (sic) por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada.

Se harán acreedores a las responsabilidades civiles aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin su consentimiento y sin la plena aceptación de las partes que intervienen.

Los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen contratos de gestación sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables, serán separados definitivamente de su encargo, en términos de la Ley de la materia, sin demérito de las demás responsabilidades o delitos en que incurran.

1. Vulneración del derecho humano a la libertad de trabajo y de comercio de la fracción IV del artículo 380 Bis 4, adicionado al Código Civil para el Estado de Tabasco.

- De manera específica, la empresa quejosa cuestionó la fracción IV del artículo 380 Bis 4, que dispone la nulidad del contrato de gestación, cuando en el mismo intervengan agencias, despachos o terceras personas; lo que se alega, vulnera en su perjuicio el derecho humano a la libertad de trabajo y de comercio, consagrado en el artículo 5º de la Constitución Federal, toda vez que, se indica, de manera injustificada se le impide desarrollar y ejecutar su principal objeto social, consistente en la prestación de servicios de reproducción asistida. En suma, defendió que, al no existir justificación objetiva y razonable, el legislador no puede vedar el derecho fundamental de la quejosa de ejecutar el trabajo y

comercio lícito (servicios de reproducción asistida) contemplado en su objeto social.

- Resolvió la Primera Sala que es importante tomar en cuenta que el Código Civil para el Estado de Tabasco, publicado en el Suplemento del Periódico Oficial del Estado de Tabasco, el miércoles nueve de abril de mil novecientos noventa y siete, reconoció a la gestación sustituta y a la gestación subrogada, a partir del artículo 92 referido al “Deber de reconocer al hijo”²³⁵. A partir de ello, se estableció en la legislación civil del Estado de Tabasco, la implicación contractual en los procesos de gestación sustituta y subrogada, cuestión que conlleva la posibilidad de que, a partir del acuerdo de las partes involucradas, sea posible crear o transferir las obligaciones relacionadas²³⁶.

235. **ARTICULO 92.-** Deber de reconocer al hijo.

Tanto la madre como el padre, que no estuvieren casados entre sí, tienen el deber de reconocer a su hijo; pero si no cumplen con este deber voluntariamente, no se asentará en el acta de nacimiento el nombre de los mismos y simplemente, se anotará la hora, día, mes año y lugar del nacimiento, así como el nombre propio y apellidos que se pongan a la persona cuyo nacimiento sea registrado. Si el padre o la madre o ambos piden por sí o por apoderado que en el acta de nacimiento se asiente su nombre, se hará constar éste y se mencionará en su caso la petición que en este sentido hagan el padre, la madre, o ambos, o el apoderado. Cuando el hijo sea presentado por uno de los progenitores, se asentará únicamente el nombre del que lo presente.

En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras “hijo legítimo”, “hijo natural”, “hijo ilegítimo”, “hijo de padres desconocidos”, “hijo de padre desconocido”, “hijo de madre desconocida”, o “habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial (sic)”, que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en la Entidad y la segunda con destitución del cargo. La investigación de la paternidad y de la maternidad está permitida en los términos establecidos por este Código.

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

236. Código Civil para el Estado de Tabasco. Artículo 1906.- Concepto de contratos. Los convenios que crean o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. Los derechos personalísimos no son transmisibles por contrato ni por sucesión.

- Enfatizó la Sala que, un principio que rige los contratos civiles, lo es el de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual, los particulares pueden realizar todo lo que les está permitido y lo que no les está expresamente prohibido²³⁷. Sin embargo, debe también considerarse que dicho principio de autonomía de la voluntad no es absoluto, y que tanto el mismo, como la propia libertad de comercio, pueden limitarse o modularse, entre otros casos, cuando el ordenamiento que las restringe contenga un principio de razón legítima²³⁸ que sustente el interés de la sociedad y que tienda a proteger sus derechos²³⁹.
- Lo anterior, implica que el legislador, puede imponer limitaciones a la voluntad de las partes en aquellos casos en que la autonomía de los contratantes se coloca enfrente de los intereses sociales que el Estado debe tutelar²⁴⁰.
- Dichas limitaciones o restricciones, no obstante, deben contar con una justificación razonable, por lo que la libertad del legislador para configurar cualquier tipo de restricción a los contratos o a la propia libertad de comercio, no es irrestricta ni ilimitada. En el presente caso, es importante tomar en cuenta que el Decreto 265 impugnado, consideró como razones relevantes para regular la gestación por contrato, las siguientes (citó la Sala):
 - » Regular con mayor certeza, en beneficio del derecho superior de la niñez y la familia, el tema de la maternidad subrogada, con

237. Número de Registro: 2019398. "AGUAS NACIONALES. ES POSIBLE CEDER LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES OTORGADOS EN LOS TÍTULOS DE CONCESIÓN PARA LA EXPLOTACIÓN, USO O APROVECHAMIENTO DE ESE RECURSO NATURAL, DE FORMA GRATUITA, ONEROSA O BAJO CUALQUIER OTRA MODALIDAD O CONDICIÓN, SIEMPRE QUE NO SE CONTRAVENGA LA NORMATIVIDAD APLICABLE." Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 64, marzo de 2019; Tomo II; Pág. 1397. 1a. XIX/2019 (10a.).

238. Número de Registro: 191691. "LIBERTAD DE COMERCIO. ALCANCES DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 5o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL." Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XI, junio de 2000; Pág. 28. P. LXXXVIII/2000.

239. Número de Registro: 2018847. "TELECOMUNICACIONES Y RADIODIFUSIÓN. EL ARTÍCULO 138, FRACCIONES V Y VI, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, NO VIOLA LA LIBERTAD DE COMERCIO NI LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD." Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 61, diciembre de 2018; Tomo I; Pág. 432. 1a. CLXIX/2018 (10a.).

240. Número de Registro: 362684. "CONTRATOS, LIMITACIONES A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES." Localización: [TA]; 5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Tomo XXXV; Pág. 135

el objeto de establecer criterios específicos para la realización de este tipo de prácticas que benefician a aquellas personas, que derivado de una condición biológica, les está impedido procrear hijos, y evitar a su vez, que una novedad de la ciencia de la salud, creada para una causa noble, sea desvirtuada con el objeto de afectar de manera grave derechos fundamentales de los seres humanos, particularmente los infantes, a la vez que generar prácticas indeseables que rayan en la mercantilización y atentan contra los altos valores que busca tutelar el derecho de familia.

» Acotar puntos que pueden generar controversias al momento de realizar un procedimiento de reproducción asistida, complementando el Código Civil local, que en ese momento se consideró contaba con una regulación insuficiente en la materia.

» Contemplar la participación de la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, como institución pública encargada de vigilar la salubridad general de la población.

» Establecer candados para efectos de vigilar tanto a los padres contratantes como a la madre que habrá de fungir como gestante o sustituta en el proceso de contratación del referido proceso.

» Precisar cuestiones respecto al registro y tratamiento de los casos de infantes nacidos por un proceso de reproducción asistida.

- En suma, y como se desprende de los considerandos del Decreto 265, las reformas en él contempladas, buscaron establecer un proceso de regulación del sistema de reproducción asistida, con el objeto de que el mismo se encuentre debidamente reglamentado y vigilado, en aras de no afectar derechos fundamentales de terceras personas.
- Sin embargo, es cierto como aduce la persona moral quejosa, que no se brindó por el legislador, justificación específica alguna relativa a sustentar la razón por la que, en este tipo de contratos, no se permitiría la intervención de agencias, despachos o terceras personas.

- A pesar de ello, es posible considerar de lo expuesto en los considerandos del propio Decreto, que la intención que llevó a dicha restricción se sostiene en la idea de evitar la mercantilización de los recién nacidos.
- En este punto, es importante recordar que la Primera Sala, ha reconocido la existencia del derecho a la reproducción asistida, como aquel que forma parte del derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, previsto en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y que, para tal efecto, ha establecido que la decisión de tener hijos a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida, pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja, por lo que la forma en cómo se construye esa decisión, es parte de la autonomía de la voluntad de una persona²⁴¹.
- Sobre esa perspectiva, es posible partir de la libertad que tienen las personas para acudir o no al empleo de las técnicas de reproducción asistida, lo que no conlleva que el legislador tenga prohibido regular este tipo de contratos, máxime si, como en el caso, lo que se pretende es la protección de los infantes nacidos a partir de este tipo de técnicas.
- Sin embargo, lo que se advierte de la norma general impugnada, es que la misma obstruye de manera irrestricta e ilimitada la participación en este tipo de procesos de cualquier agencia, despacho o tercera persona, cuestión que afecta el derecho de quienes deciden acudir a este tipo de técnicas, para contar con cualquier tipo de asesoría, consultoría o apoyo que les permita decidir en definitiva si desean optar por estas técnicas, sea en su carácter de padres contratantes, o de gestantes, así como para contratar otro tipo de servicios, distintos a los estrictamente prestados por médicos o clínicas autorizados, que puedan requerir para concretar el respectivo contrato.

241. Número de Registro: 2017232. "DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. FORMA PARTE DEL DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA, SOBRE EL NÚMERO Y EL ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS." Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 55, junio de 2018; Tomo II; Pág. 957. 1a. LXXVI/2018 (10a.).

- Lo anterior, conlleva la prohibición de que agencias, despachos o terceras personas, puedan, si así lo deciden los padres contratantes o las madres gestantes o sustitutas, prestar determinados servicios que no necesariamente tengan como implicación una eventual mercantilización de los menores nacidos bajo este tipo de técnicas.
- El problema de la norma impugnada, como se advierte de su transcripción, es que es sobre inclusiva, pues no permite que, en ningún caso, intervengan en este tipo de contratos, agencias, despachos o terceras personas:

ARTICULO 380 Bis 4. Nulidad de Contrato de Gestación.

El contrato de gestación será nulo si se realiza bajo las siguientes circunstancias:

- I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
 - II. No cumpla con los requisitos y formalidades que señala este Código;
 - III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana;
- IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas; y**
- V. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

La nulidad del documento no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica deberán acreditar que cumplen con la autorización de la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, debiendo informar ampliamente de las consecuencias médicas y legales por la implantación de pre embriones y embriones en el cuerpo de una mujer gestante. Actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la

implantación. El médico tratante deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir, cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.”

- En esa línea argumentativa, la prohibición absoluta de que en este tipo de contratos intervengan, so pena de nulidad, agencias, despachos o terceras personas, resulta inconstitucional, porque veda por un lado a padres contratantes y madres gestantes, del derecho de contratar, si así lo deciden, a agencias, despachos o terceros que puedan prestarles determinados servicios relacionados con su decisión de acceder a este tipo de técnicas, lo que incide en la libertad de comercio de la persona moral quejosa de prestar sus servicios a quien así lo solicite.
- Lo anterior, máxime que dicha prohibición y consecuente nulidad, no se limita a que participen como firmantes en esos contratos de gestación, dichas agencias, despachos o terceras personas, sino que basta que se acredite que de alguna forma intervinieron para que tuviera lugar el respectivo contrato, para que el mismo resulte nulo.
- En ese contexto, la norma impugnada, extrae arbitrariamente del comercio cualquier tipo de servicio que puedan prestar agencias, despachos o terceras personas a favor de quienes desean suscribir un contrato de gestación, siendo que si bien sería legítimo regular este tipo de servicios e incluso, prohibir o sancionar en específico determinadas acciones o prácticas que objetivamente pongan en riesgo a los menores nacidos a partir de las técnicas de reproducción asistida, a las madres gestantes o a los propios padres contratantes, lo que no es permitido en términos del artículo 5º constitucional, es impedir de manera absoluta y sin justificación razonable, que las personas se dediquen a la profesión, industria, comercio o trabajo que les acomode, siendo lícitos.
- En el caso, como se ha referido, el acceso a las técnicas de reproducción asistida, ha sido considerado por este Alto Tribunal, no sólo lícito, sino incluso, como un derecho que tiene sustento en los artículos 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1º y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14, numeral 1, apartado b, del Protocolo Adicional a la Convención Americana so-

bre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", de ahí que si bien la razón de inconstitucionalidad que sustenta este fallo, radica totalmente en la vulneración al primer párrafo del artículo 5º constitucional, lo cierto es que la prohibición absoluta contenida en el artículo 380 Bis 4, párrafo primero, fracción IV, tiene también incidencia en el derecho de quienes opten por acudir a técnicas de reproducción asistida, de recibir la mejor atención, orientación y apoyo posible, que permita guiar la autonomía de las partes al adoptar la decisión de suscribir un contrato de gestación, así como la ejecución de la voluntad contractual.

- Es importante recalcar nuevamente en este apartado, que el presente pronunciamiento, no prejuzga sobre la competencia local para emitir la regulación impugnada, en tanto que dicha cuestión no fue específicamente planteada en este asunto y en tanto que, en la acción de inconstitucionalidad 16/2016, el Pleno de este Alto Tribunal, se pronunciará en específico sobre dicha temática.
 - En consecuencia, y por cuanto se refiere al presente amparo en revisión, se estimó fundado el concepto de violación, y se considera inconstitucional y violatorio de la libertad de comercio, el artículo 380 Bis 4, párrafo primero, fracción IV, del Código Civil para el Estado de Tabasco, reformado mediante Decreto 265 publicado en el Periódico Oficial del Estado de Tabasco, Suplemento 7654, el día trece de enero de dos mil dieciséis.
- 2. Vulneración de los derechos humanos a la libertad de trabajo y de comercio, a la igualdad y no discriminación y a la procreación, al prohibir la prestación de servicios de reproducción asistida a ciudadanos extranjeros por parte de la fracción I del artículo 380 Bis 5, adicionado al Código Civil para el Estado de Tabasco.**
- La disposición general en cuestión contiene, en efecto, un requisito de validez del contrato de gestación, consistente en que el mismo sólo puede ser celebrado por ciudadanos mexicanos:

ARTICULO 380 Bis 5. Requisitos del Contrato de Gestación

El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:

I. Ser ciudadanos mexicanos;

II. Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;

III. La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad;

IV. La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula y reconocer su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir la relación contratada, respecto al o los recién nacidos y los padres contratantes una vez producido el nacimiento; y

V. La gestante cumpla con los requisitos establecidos en el presente Código.

Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante adicionalmente deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la transferencia y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante, para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional. La mujer gestante, el padre y la madre contratantes, deberán someterse a los estudios que establezca la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado y que garanticen la salud de los implicados.

Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

Se autoriza únicamente la implantación de hasta dos embriones fecundados en un mismo procedimiento de reproducción asistida.

- Con lo anterior, como aduce la persona moral quejosa, se excluye toda posibilidad de que cualquier persona extranjera pueda celebrar un contrato de gestación, sea como mujer gestante o como padre o madre contratante. Dicha hipótesis normativa, para el Tribunal Pleno, resultó abiertamente inconstitucional, para lo cual, debe partirse, en principio, de lo señalado en el artículo 1º, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se prohíbe expresamente toda discriminación motivada por origen nacional, lo que, como en el caso, comprende toda discriminación en perjuicio de personas extranjeras.
- Ese contexto, si bien el principio de igualdad instituido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1º, no pretende generar una igualdad matemática y ciega ante las diferentes situaciones que surgen en la realidad, sino que se refiere a una igualdad de trato ante la ley, lo cierto es que el emisor de la norma, al prever situaciones fácticas que requieren un trato diferente, debe sustentar dicho tratamiento en criterios razonables y objetivos que lo justifiquen²⁴².
- En el caso particular de los extranjeros, si bien los artículos 30 y 33 constitucionales derivan una situación jurídica distinta con respecto a los

242. Número de Registro: 2012602. "IGUALDAD. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE ESTE PRINCIPIO." Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 34, septiembre de 2016; Tomo I; Pág. 357. 1a./J. 46/2016 (10a.).

mexicanos²⁴³, **lo cierto es que el propio artículo 33 es enfático en señalar que las personas extranjeras gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce la Constitución Federal.**

- Todo ello, confirma que cualquier tratamiento diferenciado, debe descansar en criterios razonables y objetivos que lo justifiquen, máxime que la Carta Magna, agota de manera expresa distintos supuestos de restricción a los derechos de las personas extranjeras, como lo son la prohibición de que adquieran el dominio directo sobre tierras y aguas en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas (artículo 27), de que en igualdad de circunstancias, sean preferidos los mexicanos para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano (artículo 32) y otras tantas en materia de acceso a determinados cargos públicos, entre otras cuestiones. Sin embargo, **no existe norma constitucional alguna que restrinja expresamente el derecho de las personas extranjeras de celebrar contratos de gestación, ni alguna otra que infiera la posibilidad de establecer alguna restricción absoluta en ese sentido.**
- El problema de la norma impugnada, deriva del hecho de que, de manera irrestricta e ilimitada, **impide que personas extranjeras suscriban contratos de gestación, sin importar si éstas residen o no en territorio nacional e independientemente de su situación migratoria;** y en última instancia, la hipótesis normativa analizada, **no regula las condiciones bajo las cuales las personas extranjeras pueden celebrar este tipo de contratos, en aras de evitar la mercantilización internacional de menores nacidos a partir de técnicas de producción asistida,** sino que simplemente y de manera arbitraria, se excluye a las personas extranjeras del derecho a la reproducción asistida, con menoscabo del derecho humano a la procreación, reconocido en el artículo 4º constitucional.

243. Número de Registro: 168923. "EXTRANJEROS. LOS ARTÍCULOS 37 Y 60 DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN, ASÍ COMO LOS NUMERALES 106 Y 139 DE SU REGLAMENTO, RESPETAN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY, EN RELACIÓN CON LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO." Localización: [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, septiembre de 2008; Pág. 205. 1a. XCI/2008.

- Así, ni siquiera es posible realizar un escrutinio de posibles requisitos que, en aras de perseguir la finalidad descrita en el Decreto impugnado, se llegaren a imponer a personas extranjeras interesadas en suscribir un contrato de gestación, dado que, en una franca sobre inclusión, la norma discrimina de forma abierta y absoluta a las personas extranjeras, sin que para ello exista una justificación ni razonable, ni menos objetiva.
- Tal circunstancia, redundando no sólo en los derechos de las personas extranjeras, sino que, por consecuencia, la naturaleza discriminatoria de la norma impacta las libertades de trabajo y de comercio en lo que se refiere a los servicios que a extranjeros podrían prestar agencias, despachos o terceras personas, sea para asistirles en la adopción de la decisión de acudir a las técnicas de reproducción asistida o para la ejecución del respectivo contrato de gestación.
- En términos prácticos, la norma obliga a que determinadas personas, discriminen a otras, excluyéndolas de la posibilidad de prestarles trabajos o celebrar con las mismas determinados actos de comercio, situación esta última, que incide en los derechos de la quejosa, en tanto que el artículo 5, primer párrafo, de la Carta Magna, establece que a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos.

Aspectos a considerar para optar por este mecanismo para conformar la familia

Detección de problemáticas jurídicas

1. *El riesgo del turismo reproductivo depredatorio es real.* Los antecedentes de India o Tabasco, dan cuenta de prácticas contrarias a la dignidad humana en agravio principalmente de las mujeres y los recién nacidos, abusos que derivaron en los esquemas prohibicionistas en esos mismos lugares.

2. *Riesgos para las mujeres subrogatarias:*

a. *Derivados de la intermediación:*

- suscripción de contratos leoninos con la agencia,
- para recibir efectivamente las contraprestaciones²⁴⁴ del contrato, no sólo el pago sino gastos relacionados, como transporte, consultas, alimentos, medicinas, etcétera;
- conflictos de interés en la representación, de modo que no se garantiza la decisión informada de la mujer para suscribir el contrato (que pueda, por tanto, ser leonino) y durante la gestación, alumbramiento y puerperio;
- para contar con los servicios de atención médica y psicológica durante y después del parto;
- repudio del recién nacido por parte de los padres subrogantes;

b. Derivados del procedimiento en sí:

- para contar con atención médica de calidad durante y después del parto;

244. “La remuneración económica es uno de los elementos más controversiales en la discusión sobre la gestación subrogada. Por un lado, existen quienes critican que exista una compensación económica, argumentando que la cantidad que reciben las mujeres gestantes es tan baja que constituye una forma de explotación. Por otro lado, hay quienes consideran que, si la remuneración económica para las mujeres gestantes es muy alta en relación con lo que podrían ganar en otra actividad, no habría manera racional de que pudieran negarse a participar. Es decir, el pago las induce a aceptar y pone su consentimiento en duda.⁵ Ambos argumentos se enmarcan en contextos de gran desigualdad, donde la gestación subrogada es legal. En contraste, existen quienes defienden el establecimiento de un pago por los servicios reproductivos que ofrece la mujer gestante. Afirman que respetar la capacidad de agencia de las mujeres implica necesariamente compensar el servicio que proveen. Si bien se deben establecer medidas para prevenir la explotación y asegurar el consentimiento informado de las mujeres gestantes, la gestación subrogada no tiene por qué realizarse necesariamente de forma altruista.

Esta discusión se ha traducido en una gran variedad de regulaciones alrededor del mundo que limitan, prohíben o permiten diferentes formas de remuneración para las mujeres gestantes. Por ejemplo, en California, se acepta que la mujer gestante reciba una compensación económica por participar en un acuerdo de este tipo. Ésta es considerada como una forma de salario por un servicio prestado, y se establece por las partes en un contrato. En el Reino Unido y en Australia se establece que los acuerdos deben ser “altruistas”, aunque en la práctica las mujeres reciben no solamente reembolsos por gastos del embarazo, sino compensación por su tiempo, molestias y otras consideraciones.

En todos los casos, los padres intencionales se hacen cargo al menos de los gastos relacionados con el embarazo. Es decir, aunque desde algunas posturas no se acepta considerar la gestación subrogada propiamente como un trabajo o servicio, tampoco se cree que la mujer gestante deba enfrentar los costos relacionados con su aceptación de gestar para alguien más, lo cual incluiría gastos médicos, y otros como gastos de transporte, seguro de vida y pensiones de alimentos.”. GIRE, *óp. cit.*

- para contar con protección médica y financiera ante complicaciones derivadas del embarazo o parto;
- para asumir la paternidad en caso de repudio de los padres subrogantes.

3. *Riesgos para los recién nacidos:*

- complicaciones genéticas, congénitas, de parto o posparto que requieran atención médica inmediata antes de que los padres subrogantes asuman plenamente la paternidad cuyos pormenores no queden debidamente previstos y garantizados en los contratos de subrogación;
- repudio de los padres subrogantes²⁴⁵;

245. Como en el caso documentado por GIRE: “Lisa tiene 33 años, es casada y madre de dos hijos. Nunca firmó un contrato, pero le dijeron que la apoyarían para continuar sus estudios y conseguir trabajo, y que recibiría una compensación económica mensual de 10 mil pesos. Conoció a Eduardo, una de las personas para quien estaba gestando —residente en California— en una visita que realizó a Tabasco. Descubrieron que ella no había recibido el dinero que él había pagado mes con mes a la agencia. Ambos convinieron abandonar a la agencia y continuar con su acuerdo de manera independiente.

En octubre de 2015, con siete meses de gestación, nació el niño con complicaciones respiratorias y de circulación, lo que implicó costosos cuidados especiales. El niño requería una cirugía urgente, pero Eduardo y su pareja no se hicieron cargo. Dijeron que el bebé tendría que sobrevivir por sus propias fuerzas y que sólo cuando estuviera bien de salud ellos asumirían la paternidad.

Ante la negativa de Eduardo, Lisa y su esposo ofrecieron registrar al niño como propio y lo dieron de alta en el IMSS. En ausencia de Eduardo y su pareja, el bebé, Rodolfo Valentino pasó tres meses hospitalizado. Antes de que recibiera el alta, Eduardo dijo que tenía que volver a California, pero que volvería pronto, pero Lisa no supo más de ellos.

Ahora Rodolfo Valentino tiene 1 año 9 meses. Lisa y su esposo lo han integrado a su familia. A través de arduos esfuerzos, se han hecho cargo de que al niño no le falte la atención médica que requiere.

Sin embargo, en julio pasado, Eduardo regresó y, con amenazas y engaños, hizo que Lisa le entregara al niño. Han pasado 21 días y las autoridades tabasqueñas no han tomado acciones encaminadas a recuperar al menor. Lisa y su familia temen por la integridad de Rodolfo Valentino, pues requiere de medicinas y cuidados especiales que Eduardo ignora.

GIRE acompaña su caso y busca que se atraiga a nivel federal para lograr que el niño se reintegre a su familia. El caso de Lisa refleja un patrón de ausencias y abusos en la práctica de la gestación subrogada en el país. Su historia es, en primer lugar, una de abuso por parte de una agencia que le retuvo los pagos que los padres intencionales le enviaban mes a mes al tiempo que obstaculizó su comunicación con ellos. Pero no bastó con eliminar a la agencia que actuaba como intermediaria para resolver el problema. De hecho, continuar con el embarazo mediante un acuerdo verbal con la pareja la dejó en una situación de mayor desprotección, en especial porque no existe ningún tipo de regulación internacional de la práctica: los padres intencionales pudieron simplemente abandonarla junto con el bebé y volver a su país sin ninguna consecuencia.

Aún con la presencia de intermediarios, la protección de las mujeres no está del todo garantizada. Otro ele-

- indefinición jurídica sobre sus derechos de la personalidad derivados de vacíos legales, deficiencias jurídicas en la implementación de la subrogación o litigios inesperados²⁴⁶;
- abandono derivado del repudio tanto de los padres subrogantes como de la madre subrogataria

4. Riesgos para los padres subrogantes:

- arrepentimiento de la madre subrogataria y asumir el consecuente procedimiento jurisdiccional para dirimir la controversia;
- decisiones adversas en sede jurisdiccional para generar a su favor las decisiones vinculantes que permitan superar la inseguridad jurídica en el texto y aplicación de la legislación civil de la entidad federativa;

mento importante a considerar con respecto a la gestación subrogada son los conflictos de interés en los que comúnmente se ven involucrados quienes brindan servicios a las mujeres gestantes. Esto es, dado que el personal que provee servicios de salud, de asistencia legal o de asesoría psicológica a las mujeres gestantes es financiado directamente por los padres intencionales, no existe una garantía real de que su apoyo será imparcial y profesional. De acuerdo con la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), el asesoramiento médico y jurídico independiente en un contrato de gestación subrogada es esencial para asegurarse que todas las partes estén conscientes de sus responsabilidades y derechos.

Por lo tanto, las mujeres gestantes deben tener acceso, al menos, a servicios de salud y de asesoría jurídica que no dependan directamente de los padres intencionales y con los que puedan tener una relación confidencial. Una posible solución para ello sería garantizar el acceso de las mujeres gestantes a asesoría jurídica gratuita para la revisión, firma y seguimiento de sus contratos, así como servicios de salud públicos de calidad. Otra alternativa —en especial en contextos en los que no se puede asegurar que los servicios públicos sean de una calidad aceptable— sería proporcionar a las mujeres gestantes con un seguro médico privado o un fondo, con el que ellas puedan elegir a sus proveedores de servicios de salud, en lugar de que éstos sean controlados exclusivamente por los padres intencionales o por las agencias que actúan como intermediarias (de nuevo, parciales) entre las partes.” GIRE, *óp. cit.*

246. Por ejemplo, sobre los supuestos contemplados en la legislación civil tabasqueña sobre la nulidad del contrato de subrogación (complicación de mayor intensidad en las entidades que no regulan a detalle la figura): “Más aún, sería necesario establecer qué implica la nulidad en casos de contratos de gestación subrogada en los que una mujer ya se encuentra cursando un embarazo o, incluso, cuando se descubren causas de nulidad tras el nacimiento de un menor producto de este contrato. Por ejemplo, si posterior al nacimiento de una niña o niño por gestación subrogada se descubre que la mujer gestante había participado en más de dos ocasiones en la práctica o que la madre contratante rebasa el límite de edad, ¿qué consecuencias tendría esto?, ¿una sanción a las partes?, ¿afectaría las condiciones de filiación del menor? La falta de especificación sobre lo que implica la nulidad en estos casos es una omisión grave que puede afectar de manera particular a las mujeres gestantes y a las niñas y niños que nazcan de estos acuerdos, dejándolos en un estado de inseguridad jurídica alarmante.”

- modificaciones legales que alteren las condiciones y requisitos para culminar la subrogación (por ejemplo, que se expida una legislación prohibicionista que sí establezca grados de restricción, lo que deje en suspenso la vigencia del criterio interpretativo del Alto Tribunal, que descansa en que la prohibición fue sobre inclusiva o, incluso, que se pretenda dar efectos retroactivos a la legislación, como fue el caso de las modificaciones prohibicionistas de Tabasco en 2016)²⁴⁷.

5. *Riesgos para la agencia prestadora del servicio de intermediación:*

- Inseguridad jurídica en los diversos aspectos involucrados en la subrogación, tanto en la vía de salubridad general (para la regulación cierta de las técnicas de reproducción asistida) y en la subrogación (aplicación caso por caso de los precedentes interpretativos de la SCJN ante la falta de legislación -omisa o prohibicionista- armonizada con ella;
- Tratamiento indebido de información confidencial y de materiales genéticos con motivo de los procedimientos de fertilización asistida;
- Asumir la defensa legal ante reclamos de padres subrogantes o madres subrogatorias por expectativas insatisfechas.

A. Líneas de atención al contratar estos servicios para el respeto de los derechos humanos de las partes involucradas

1. Para inhibir los riesgos de **turismo reproductivo:**

Acudir a instituciones que cuenten con un panel independiente de bioética. Para contar con una certificación preventiva tanto respecto del manejo de material genético como para el tratamiento de los casos individuales, de modo que además de contar con prácticas compatibles con la dignidad humana y los derechos humanos de los involucrados.

247. Que se tradujeron en el limbo jurídico para personas extranjeras que ya no pudieron obtener actas de nacimiento que reconocieran la subrogación, de modo que tuvieron que tramitar juicios de amparo para tal fin o sustraerse del país.

En particular, sobre el clausulado del convenio y supuestos de coercibilidad (delimitaciones de responsabilidad respecto del recién nacido y posibilidades de terminación anticipada del embarazo)

2. Para la atención de las **mujeres subrogatarias:**

Consultor jurídico independiente que inhiba conflictos de intereses en la información que se suministra a las mujeres subrogatarias para suscribir el convenio (clausulado, alcances de las responsabilidades de atención médica y psicológica) para el ejercicio de su libertad de autodeterminación.

Consultores médico y psicológico que monitoricen el estado de las subrogatarias y, en particular, para efectos de documentar preventivamente los cuidados proporcionados de cara a posibles reclamos y controversias litigiosas posteriores, de modo que sea acreditable el cumplimiento de obligaciones de debida diligencia.

Depósito en garantía por parte de los padres subrogatarios, como parte de las obligaciones básicas del acuerdo con la agencia, de modo que sirva de cobertura de riesgo para atender eventualidades médicas de la madre o del recién nacido (que excedan las posibilidades del seguro médico que la legislación tabasqueña exige y que deba cubrirse como parte de los costos de operación por parte de aquéllos) o, pagos de penas convencionales (para inhibir el repudio del recién nacido) o indemnizaciones (en caso de incapacidad permanente o fallecimiento de la subrogataria con motivo de la gestación).

3. Para la atención de los **padres subrogantes:**

Sobre el arrepentimiento de la madre, se advierte que la legislación de Tabasco por una parte, le impone la obligación a la subrogataria de aceptar el contrato de manera pura y simple y sólo contempla el supuesto de reclamo de paternidad de la subrogataria en el caso de incapacidad o muerte de los subrogatarios, no obstante, ello aún no ha sido contrastado por los tribunales federales (al igual que algún otro supuesto diverso que sustente la reclamación), por lo que ese escenario no puede descartarse, lo que conlleva la posibilidad abierta de un litigio, en tanto no puede alienarse el derecho de acción de la subrogataria. Podría inhibirse a través de

la fijación de penas convencionales, no obstante, podrían considerarse nulas por un tribunal.

Sobre las decisiones adversas en sede jurisdiccional, se plantea judicializar casos preventivamente, para generar los precedentes interpretativos en los tribunales ordinarios y de amparo que abonen a la certeza una vez que la agencia se encuentre en operación plena.

Sobre las modificaciones legales supervenientes, se estima necesario plantear en el convenio que celebre la agencia con los padres subrogantes la exclusión de responsabilidad de aquélla y la necesidad de emprender acciones de defensa adicionales cotizables para los subrogantes por separado o la contratación de una póliza que se agregue al monto de inversión.

4. Para la atención de la **agencia prestadora de servicios de intermediación:**

Sobre la inseguridad jurídica en diversos aspectos de subrogación, mediante la definición de una estrategia de generación de los actos administrativos que deriven en la interposición de amparos indirectos para sustentar la operación estable tanto en los aspectos de salubridad general como de subrogación.

Sobre el tratamiento de información confidencial y de material genético, aplicar consultoría y mecanismos de auditoría que garanticen el cumplimiento de las obligaciones legales en esas dos vertientes.

Sobre la defensa legal ante reclamos de contratantes, mediante la identificación de las líneas críticas de controversia y de escenarios contenciosos de actuación ante los tribunales.

Fuentes consultadas

- ~ Acción de Inconstitucionalidad 16/2016, Pleno, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 12, Tomo I, abril 2022.
- ~ Aguilar Vergara, Marcela Alejandra. "Gestación por sustitución en el Estado de Tabasco: análisis de una regulación deficiente", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana*, marzo de 2021, núm. 4.
- ~ Amparo en Revisión 129/2019, Pleno, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_pub/eqBFJn4BkURTGTrey4d/%22Hijo%20natural%22
- ~ Briseño Montes Centella y Hans Jurado Paredes, "Gestación sustituta y subrogada en México, derecho humano no reconocido constitucionalmente", *Derechos Fundamentales a Debate*, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco, s/a.
- ~ Camilo A. Rodríguez-Yong y Karol Ximena Martínez-Muñoz. "El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense", *Revista de Derecho (Valdivia)*. Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. vol.25 no.2 Valdivia dic. 2012.
- ~ Canadá: Plural, Accessible and Effective. <https://www.surrogacy365.com/destinations/canada/>
- ~ Código Civil del Estado de México
- ~ Código Civil del Estado de Querétaro
- ~ Código Civil del Estado de Tabasco
- ~ Código Civil del Estado de Zacatecas
- ~ Código Civil para el Estado de Michoacán de Ocampo
- ~ Código Civil para el Estado de Tabasco
- ~ Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Sonora
- ~ Código Familiar del Estado de Sinaloa
- ~ Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí

~ Dobering Gago, Mariana, *Maternidad Subrogada: su regulación*, IJ-UNAM p. 280. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4733/14.pdf>.

~ GIRE, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*. <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>

~ Iniciativa de la Senadora Olga Sánchez Cordero (Movimiento Regeneración Nacional, MORENA), presentada el 15 de noviembre de 2018, para regula diversas cuestiones relativas a la reproducción asistida como parte de los aspectos contemplados en la Ley General de Salud.

~ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Jefatura del Estado «BOE» núm. 126, España, 2006.

~ Parada, Amayalli, "Derechos fundamentales y subrogación materna en México: la regulación en Tabasco, Sinaloa y Ciudad de México, en: *UACJ, Revista Especializada en Investigación Jurídica*, año 4, núm. 7, julio-diciembre.

~ Simón y Arza, Fernando, "Gestación subrogada o vientres de alquiler: reflexiones a la luz del derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos2", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2017-

~ Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Aguas nacionales. Es posible ceder los derechos y obligaciones otorgados en los títulos de concesión para la explotación, uso o aprovechamiento de ese recurso natural, de forma gratuita, onerosa o bajo cualquier otra modalidad o condición, siempre que no se contravenga la normatividad aplicable." Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 64, marzo de 2019; Tomo II; Pág. 1397. 1a. XIX/2019 (10a.).

~ _____, "Contratos, limitaciones a la voluntad de las partes", Localización: [TA]; 5a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Tomo XXXV.

~ _____, "Derecho a la reproducción asistida. Forma parte del derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, previsto en el artículo 4o. De la constitución política de los estados unidos mexicanos", Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 55, junio de 2018; Tomo II; Pág. 957. 1a. LXXVI/2018 (10a.).

~ _____, "Extranjeros. Los artículos 37 y 60 de la ley general de

población, así como los numerales 106 y 139 de su reglamento, respetan el principio de igualdad ante la ley, en relación con la garantía de libertad de trabajo”, Localización: [TA]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, septiembre de 2008; Pág. 205. 1a. XCI/2008.

~ _____, “Igualdad. Delimitación conceptual de este principio”, Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 34, septiembre de 2016; Tomo I; Pág. 357. 1a./J. 46/2016 (10a.).

~ _____, “Libertad de comercio. Alcances de lo dispuesto en el artículo 5o. De la constitución federal”, Localización: [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XI, junio de 2000; Pág. 28. P. LXXXVIII/2000.

~ _____, “Telecomunicaciones y radiodifusión. El artículo 138, fracciones v y vi, de la ley federal relativa, no viola la libertad de comercio ni la autonomía de la voluntad”, Localización: [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 61, diciembre de 2018; Tomo I; Pág. 432. 1a. CLXIX/2018 (10a.).

~ Vilar González, Silvia, “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho de la U*

~ NED (RDUNED), 14, 2014.

XII. ¿La infidelidad sexual en el matrimonio no es un hecho ilícito? Respuestas a partir de la filosofía práctica

César Enrique Olmedo Piña²⁴⁸

Contexto introductorio

En una sentencia dictada por la Suprema Corte Mexicana en sesión de fecha 4 de noviembre de 2014²⁴⁹, la 1ª Sala del alto tribunal declaraba inconstitucionales diversos artículos de la Ley General de Salud que prohibían el consumo de cannabis con fines lúdicos. La invalidez de las porciones normativas eran contrarias, según 4 votos a 1, al rimbombantemente derecho al “libre desarrollo de la personalidad”. La polémica sentencia, representaba la llegada al ordenamiento jurídico -si bien ya en un amparo en revisión el Pleno de la Corte había hecho una mención de paso- de un derecho tan divertido como estratosférico, pero que más allá de sus caracterizaciones nos muestra la forma más concreta que puede haber entre derechos humanos y filosofía moral.

La sentencia indica en su *ratio decidendi*, que el sistema de prohibiciones administrativas contenido en la ley general de salud, importa una restricción innecesaria al contenido fundamental del libre desarrollo de la personalidad y por tanto no supera la grada de “la necesidad de la medida legislativa” que toda restricción a derechos debe cumplir. Siguiendo en esta cuestión la metodología ya famosa de Robert Alexy, reacomodada luego por Aharon Barak²⁵⁰, que fue creada desde el campo de la filosofía del derecho no positivista, y exportada posteriormente al campo de la jurisdicción constitucional, en el que los Tribunales Constitucionales comenzaron a usarla y desarrollarla al momento de

248. Maestro en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Panamericana. Socio del despacho Ignacio Burgoa Orihuela y profesor de Amparo en la Universidad Anáhuac, Estado de México.

249. Se trata del amparo en revisión 237/2014, consultable en el sitio de la Suprema Corte.

250. Sobre este famoso test puede verse Nava Tovar, Alejandro, “La institucionalización de la razón”, Siglo XXI, México, 2016, centralmente el apartado segundo; y respecto del trabajo de Barak, Aharon. Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones. Palestra Editores, 2017.

enfrentarse con derechos de alto contenido moral para resolver los conflictos planteados ante ellos.

Como puede intuirse y leerse en la resolución, la sentencia contiene abundantes citas y argumentos novedosos, pero -se insiste- no provenientes del derecho positivo mexicano, (la Constitución Política no trae nada respecto al contenido de este derecho, ni siquiera hace mención a su reconocimiento)²⁵¹ sino de la filosofía del derecho, sobre todo en la línea de filosofía moral, respecto de la cual destaca la obra citada en notas al pie de Carlos Santiago Nino, jurista destacado de la Nación Argentina y que en su momento destacara por sus contribuciones a la ética, a la filosofía del derecho y al derecho penal. Con ello queremos hacer patente que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho rellenable -como muchos otros- con conceptos provenientes de la filosofía moral, concretamente con el de autonomía²⁵², lo cual quiere decir que el alcance de este derecho dependerá en gran medida de lo que el sistema, la jurisprudencia o el intérprete considere como autonomía.

Al día de hoy esta visión de la autonomía propuesta por la Corte refleja una conceptualización de la libertad bastante inflamada, autorreferencial y, sobre todo, que pone el lugar del sujeto como centro indiscutible del Estado en las relaciones jurídicas, pero no del sujeto comunitario y sociable como lo entiende el mundo clásico sino del sujeto individual y aislado como lo entiende la modernidad. Mejor dicho, coloca su sola capacidad de elegir, su sola libertad, para decidir un plan de vida cualquiera, en el centro de toda consideración estadual y jurídica.

De este modo el libre desarrollo de la personalidad ha trazado una línea jurisprudencial²⁵³ que ha servido para ir desmantelando -y en ese sentido, "reconfigurando"- instituciones o figuras jurídicas tales como el matrimonio, la identidad sexual, el divorcio, el nombre y en el caso que ahora analizaremos, la

251. La única referencia es indirecta en el artículo 19, y está pensada para el derecho penal.

252. Por citar sólo un par, desde tradiciones filosóficas distintas. Cfr. Rhonheimer, Martín, *Ley Natural y razón práctica*, EUNSA, España, 2000, pp. 184-233 y Ponce Núñez, Carlos Gustavo, "El Derecho al libre desarrollo de la personalidad", Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp.143-150

253. La línea jurisprudencial puede estudiarse en el Cuaderno Jurisprudencial respectivo. Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El libre desarrollo de la personalidad*, Cuadernos de Jurisprudencia No. 16, Suprema Corte/Centro de Estudios Constitucionales, México, 2022.

relación de pareja en el matrimonio y su consiguiente deber de fidelidad. Así en la sentencia dictada en el Amparo en Revisión 183/2017 la Corte Mexicana determinó que la infidelidad sexual en el matrimonio no puede ser considerada hecho ilícito para efectos de una indemnización por daño moral.

La cuestión a tratar

Habiendo resaltado los nexos que se dan entre derechos humanos y filosofía moral, por cuanto al libre desarrollo de la personalidad se refiere; fijemos ahora el “perímetro de la investigación”²⁵⁴, y aclaremos la cuestión a tratar, pues estamos frente a una sentencia que tiene muchos ángulos de análisis.

Los hechos

La sentencia fue dictada por la 1º Sala en sesión de fecha 21 de noviembre de 2018, al resolverse el Amparo Directo en Revisión 183/2017²⁵⁵, y esencialmente se trata de lo siguiente:

Una 1985 un hombre y una mujer contraen matrimonio, y habiendo procreado una hija, se divorcian en 1990. Posterior al divorcio, la madre se vuelve a casar con otra persona y ante la convivencia de gran afinidad que tiene la hija con su ahora nuevo papá, es decir su “padrastró”, la hija se realiza una prueba pericial en material genético, es decir una prueba de paternidad.

Los resultados de laboratorio arrojan que su actual padrastró y esposo de su mamá, es en realidad su padre biológico; situación que lleva a los tres integrantes de la familia, padre biológico, madre e hija a promover un *juicio de reconocimiento de paternidad*, con el fin de desconocer la paternidad legal del anterior “papá”, es decir el ex esposo de la madre, que hasta ese entonces aparecía en el acta de nacimiento de la hija.

254. Entrevista al Prof. John Finnis por Juan Bautista Etcheberry, material de posgrado, UCA, Buenos Aires, 2020.

255. La Suprema Corte de Justicia es el órgano máximo de control constitucional en el país. Para los efectos que interesan, conoce de amparos directos en revisión cuando el tema a revisión constituye (i) el análisis de constitucionalidad de una norma general, o (ii) la interpretación directa de un precepto constitucional o convencional. El amparo “directo” procede contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que ponen fin a un juicio y es resuelto por un Tribunal Colegiado de Circuito (los circuitos son territoriales, por cada entidad federativa, al ser México una República Federal). Que ese amparo sea “en revisión”, quiere decir que precisamente un Tribunal (en este caso los Tribunales Colegiados de Circuito) lo resolvió previamente y las partes quedaron inconformes con dicha resolución. El recurso de revisión es pues la segunda y última instancia del amparo directo.

El resultado de este juicio es que efectivamente el padre legal, "originario", no era el padre biológico de la hija, sino que éste es en realidad el nuevo esposo de la madre y aparente padrastro de la descendiente. Con lo cual se advierte que ella fue concebida mientras la pareja original estuvo casada, lo que evidencia una infidelidad sexual de la exesposa.

Frente a esta situación el padre legal considera que han sido afectados sus sentimientos, su honra, su reputación y demás bienes inmateriales y decide promover un juicio ordinario civil en el que demanda de la exesposa y el nuevo esposo, padre biológico de la hija, una indemnización por daño moral.

Para no abundar en el itinerario procesal resumo diciendo que el Tribunal Colegiado condenó sólo a la exesposa y absolvió al padre biológico, resolución contra la cual (i) el padre legal promueve revisión, al considerar que no debe absolverse al padre biológico, pues también trasgredió el deber de fidelidad sexual; y contra la cual (ii) la exesposa promueve también revisión, alegando -y este es el punto que interesa- que la condena por daño moral trasgrede su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad sexual.

El derecho

La Suprema Corte de Justicia resuelve esencialmente que si bien el deber de fidelidad sexual ha sido trasgredido, ello no lo convierte en hecho ilícito para efectos de indemnización por daño moral, sino que la única sanción legal posible es la disolución del vínculo matrimonial, ya que considerar una obligación indemnizatoria podría violentar el libre desarrollo de la personalidad y la libertad sexual de la demandada, aunado a que el sustrato de la fidelidad (del deber jurídico de) es esencialmente *el lazo afectivo* de la relación, y como tal, ese vínculo sentimental está sujeto a riesgos naturales de desaparecer.

Así relatado sucintamente, la Corte determina conceder el amparo y protección de la justicia federal a la madre y al padre biológico, y absolverlos de indemnización alguna.

Delimitación de la cuestión a tratar

Importa mucho fijar y delimitar lo que se quiere analizar en este trabajo. La cuestión no es verificar el argumento de si el deber de fidelidad existe o no, pues la Corte determina que sí. Tampoco es analizar la naturaleza de este deber de fidelidad sexual, en tanto si es meramente ético o es también jurídico, pues la Corte determina que es ético y es jurídico. Tampoco se quiere revisar si una conducta del tipo infiel puede ser sancionada por el derecho, pues puede serlo. Pero la sanción -y aquí se asoma el punto a tratar- que la Corte fija y reconoce, es *sólo la disolución del vínculo matrimonial*. Dicho de otro modo, mitiga la consecuencia jurídica, la atenúa y limita; por considerar, como ya se ha dicho, que (i) el sustento del deber de fidelidad es el mero lazo afectivo, elemento que pertenece a la intimidad de una relación en donde el derecho nada tiene que hacer, pues no se le puede obligar a nadie a ser fiel, y que imponer sanciones más graves -cuales son la indemnización por daño moral- (ii) trasgrede en todo caso el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad sexual.

La cuestión por tratar sobre la que se quiere poner el foco es entonces en estas *dos razones* que mitigan la sanción jurídica, para advertir, si realmente el sustrato del deber de fidelidad sexual es el mero lazo afectivo y si el concepto que la Corte tiene de este aspecto de la vida humana, aunque sea tan privado, hace o no justicia con las notas antropológicas que tiene el dinamismo humano en este rubro.

En ese sentido y por razones de espacio, *entraremos al detalle y estudio sólo de la 1º razón*, dejando para otras ocasiones -sólo dibujado aquí-, el análisis y la crítica a la 2º de las razones, la que apunta al libre desarrollo de la personalidad y la libertad sexual. Como se ve uno es consecuencia del otro, pero nos parece más pertinente ir a la raíz. A cómo la Corte está entendiendo el nexo afectivo de una pareja de esposos, y a cómo, por tanto, entiende la libertad humana para asumir el compromiso del amor, lo que pasa por revisar *la forma en que entiende la dinámica emocional* de la pareja. Se trata aquí de una visión, si se quiere oblicua, incidental, de los sentimientos desde el punto de vista antropológico, que están -paradójicamente- en la base -según la Corte-, de considerar el deber de fidelidad como algo que merece consecuencia legal, pero atenuada.

Una última observación. En el título de este trabajo se lee “respuestas a partir de la filosofía práctica” y por eso se estima pertinente aclarar qué es eso. La filosofía práctica es, como su nombre lo indica, un área de la filosofía. Pero al decir práctica estamos refiriéndonos a la conducta, la conducta del hombre en tanto que operada y ejecutada y no sólo explicada. Es decir, no es una mera reflexión de lo que hace el hombre, sino de si lo debe hacer distinto, de por qué lo hace y sobre todo de dirigir lo que hace hacia fines. La filosofía práctica pues no es especulativa, en el sentido que sólo describa la conducta. La valora, dirige y, en definitiva, la norma. Por eso la filosofía del derecho se encuentra ahí, junto con la filosofía moral y la filosofía política, saberes prácticos cuya nota común es el orden que la razón se encuentra llamada a poner en nuestros actos voluntarios²⁵⁶.

Objeciones filosóficas a los argumentos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Aunque ya se adelantó bastante el criterio de la Corte, considero necesario transcribir los párrafos que nos parecen centrales, para que el lector pueda conocerlos tal cual fueron expresados por los ministros.

El sustrato del deber de fidelidad es un lazo afectivo

Para esta Sala, [...]; lo que se estima relevante es tener en cuenta que el deber conyugal de que se habla, más que cualquier otro de los deberes personales de los cónyuges inherentes a dicha unión familiar, si bien se puede considerar un deber jurídico en la medida que puede tener cobijo en la norma legal, su contenido es de naturaleza moral y está sustentado, primero, *en el vínculo sentimental y afectivo* que se presupone entre la pareja, pues en la actualidad más que en cualquier otro tiempo pasado, la razón imperante para que dos personas decidan contraer matrimonio es el sentimiento de amor entre ellos, siendo precisamente el lazo afectivo que envuelve el amor, el cariño, la admiración y el respeto por el otro, el que los impulsa a prodigarse la consideración de exclusividad sexual (párrafo 98).

256. Aquino Tomás, *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, EUNSA, Navarra, 2011, p. 59.

Y [segundo], la relación sentimental entre los cónyuges, con los pactos y compromisos de contenido moral que hagan entre ellos, son aspectos de la vida conyugal que se circunscriben a la vida privada y a la intimidad de la pareja y respecto de los cuales sólo ellos tienen injerencia; de modo que los acuerdos y valores morales conforme a los cuales la pareja, tácita o expresamente, decide vivir cotidianamente su vida en común y su relación en el plano sentimental y afectivo, atañen a ambos y preponderantemente son inherentes a su intimidad. (párrafo 99).

Concentrémonos en el criterio apuntado. ¿Será cierto que es el mero sentimiento lo que constituye la fuente del deber de fidelidad sexual? El "sustrato" de la fidelidad, como la Corte le llama, ¿es pues el lazo afectivo y el sistema de valores en que se desenvuelve la relación?

La respuesta es que no. Un sentimiento no puede ser nunca el criterio definitivo para que una pareja se constituya como tal y mucho menos se le puede emplear para emanar de él ningún deber, ni moral ni jurídico.

La razón es simple y la misma Corte la explica más adelante:

...ha de admitirse que la constitución de vínculos afectivos en las relaciones de pareja siempre conlleva el riesgo natural de que **el amor o los afectos de uno hacia el otro desaparezcan**, y se produzcan conductas como la infidelidad que puedan causar dolor (párrafo 103, énfasis añadido).

¡Claro que pueden desaparecer! Y por lo mismo no pueden ser el terreno fértil para derivar nada. El sentimiento tiene una naturaleza contingente. Es verdad que el sentimiento humano un día puede estar y al otro desaparecer, un día aumentar y al otro disminuir. Ser intenso o moderado. Está en su misma constitución servir para darle movimiento a la voluntad, servirle de palanca, pero nunca como elemento definitorio de una relación humana, menos aún de pareja.

Echando mano de la antropología (área de la filosofía sobre el hombre que presta sus contenidos al Derecho), digamos algunas notas sobre la dinámica del sentimiento.

El sentimiento opera como causa eficiente en la relación de pareja, pero no es la causa final. Por eso tiene razón Aquino cuando dice que "*la causa final presupone la causa eficiente*"²⁵⁷. Vamos a decirlo en español.

El sentimiento mueve la voluntad. Es verdad. Una persona nos atrae, y se genera una reacción que en principio no es totalmente libre en su manifestación. Dicho de otro modo, no se decide libremente quién nos gusta o quién nos atrae. El atractivo de una persona se nos manifiesta con fuerza con independencia de la libertad. Es como una llamada de atención, como un jaloneo a la inteligencia que la obliga a mirar a ese objeto y descubrir lo que es. Por eso bien puede decirse que esta primera reacción en nosotros es de asombro.

Pero entonces ¿por qué no he dicho más bien que es la persona y no el sentimiento que nos provoca, lo que opera como causa eficiente? Por qué, en definitiva, en ese momento inicial no podemos saber con certeza de quién se trata ni mucho menos el significado que tiene para nuestra vida. La afición es una consecuencia que se da sólo después de que hemos conocido un poco mejor el objeto de la atracción.

Es así: a un colega le gusta una chica. La considera lindísima, y cuando uno pregunta "¿qué te gusta de ella?", no atina a decir con precisión qué. Me dirá: porque tiene bonito cabello, o porque es tierna, o por lo que sea. Pero difícilmente sabrá definir con certeza el elemento definitorio de la persona, que le provocó esa atracción. Esta es una de tantas caracterizaciones de las relaciones humanas en nuestro tiempo, las relaciones son sentimentales, en tanto que basan el eje de ellas precisamente en esta reacción, "en lo que se siente", sin llegar luego a hacer un juicio sobre eso que se siente.

Por eso la tesis dice: "*la causa final presupone la causa eficiente*", porque para que yo tienda al conocimiento de una persona, necesito esa chispa, esa puesta en marcha que genere mi interés. Eso es el sentimiento, que va dirigido al conocimiento de la persona. Por qué el sentimiento, así como aparece, no me revela la verdad sobre la persona, no me dice si es buena o mala, amable o frívola, ni me dice mayor detalle de todas sus cualidades. Esto sólo lo sabré al ir a conocerla y trascender, por así decir, el sentimiento inicial. De ahí que el sen-

257. De Aquino, Tomás, et al. *Suma teológica*, La Editorial Católica, 1947, I-I, 5.

timiento me sirve de impulso, porque ha sido un aspecto de la realidad en esta persona, una propiedad de ella, que ha conectado conmigo en la medida que me despertó un sentimiento, pero no puedo quedarme en él. Sería injusto para la dinámica de la relación misma, porque entonces yo diría “¡cómo me gustas!” sin saber realmente por qué.

Hay un error aquí cuando se piensa que la intensidad del sentimiento es igual a la verdad de la relación. Es decir, no puede medirse la pertinencia ni autenticidad de la relación por la fuerza del sentimiento que provoca en nosotros, porque entonces estaríamos de nuevo bajo un criterio meramente cuantitativo y reaccionario. Decir “es que esto nunca lo he sentido por nadie” y derivar de ahí la conclusión de que por eso la persona en cuestión tiene más afinidad a nuestra concepción de la pareja, es también un error de método. El sentimiento puede ser intenso un día y al otro no, puede, como dice precisamente la Corte, estar presente con fuerza durante un tiempo y luego empobrecerse y desaparecer. Es por ello que el sentimiento no es el punto de llegada, sino punto de partida. ¿Y a dónde nos lleva si es punto de partida? A la persona que lo provoca. Pero a la persona a toda, a descubrir quién es, a saberla conocer. En definitiva, a descubrir lo que ella es para nosotros, y eso es una tarea de la inteligencia, no del sentimiento. La inteligencia es la que puede desvelar a la persona, es ella la que puede decirnos la razón del sentimiento, la razón de por qué, esa persona concreta, me atrae.

Por eso no hay nada que convenza tanto al hombre como una mirada que reconozca lo que él es, que haga que el hombre se descubra a sí mismo. Y que para que la persona a la que tiende mi sentimiento llegue a ello, a este conocimiento de sí misma y la mire yo de esa forma, necesito ir más allá del sentimiento, en definitiva, necesito mirarla con la razón. Pero no quitando el sentimiento, sino graduándolo, adjuntándolo, a la razón. En breve, sentimiento y razón miran juntos al objeto, de otro modo se vacía la relación, sea porque la hago sentimental, sea porque la hago meramente analítica.

Notas sobre el “riesgo” en las relaciones afectivas, según la Corte

Las consideraciones anteriores dejan todavía un pendiente en la argumentación

de la Corte, porque vamos a suponer que en efecto una persona, en pareja, educa los sentimientos²⁵⁸ y los pone en su debido lugar. Que logra darle estabilidad a ese sentimiento que, ahora mediado, templado por la razón, funciona como debe ser y que por tanto entonces, el criterio de la relación, el sustrato del deber de fidelidad ya no es el sentimiento adolescente sino el juicio racional sobre lo que la persona significa y es para nosotros. Encontrada esa razón, la misma se vuelve un fundamento constante para el sentimiento, evitándole a este su contingencia natural y dotándole de estabilidad, haciéndolo quizá una conducta más habitual.

Sin embargo, por mucho que esa estabilidad se tenga, aún con todo y eso, puede suceder que un día cualquiera, alguna de las personas en la relación pueda decidir, si lo quiere, tomar sus cosas e irse de la relación. Su libertad se mantiene intacta, porque este es el drama de la libertad. No puede evitarse.

Y por eso mismo existe un riesgo. Escuchemos a la Corte en este punto:

No está en debate que la infidelidad sexual de uno de los miembros de la pareja (incluso tratándose de otras formas de unión familiar y no sólo del matrimonio) es susceptible de causar afectaciones morales, pues puede causar dolor al otro cónyuge, herir sus sentimientos y generarle otros que afecten sus emociones (depresiones, tristezas, frustración, impotencia, etcétera); pero ha de admitirse que la constitución de vínculos afectivos en las relaciones de pareja siempre conlleva el riesgo natural de que el amor o los afectos de uno hacia el otro desaparezcan, y se produzcan conductas como la infidelidad que puedan causar dolor (como lo causaría, por ejemplo, el propio rompimiento de la relación matrimonial aun cuando no hubiere habido conductas de infidelidad), empero, ello no lleva a la conclusión de que se trate de daños morales indemnizables económicamente, pues son situaciones ligadas a la propia existencia de la relación cuya posible actualización se asume al constituirse el vínculo marital” (párrafo 103).

Habiendo hecho la aclaración de que el elemento que puede darle continuidad al sentimiento es el juicio racional, -precisamente para evitarlo desaparecer o evitarle contingencia y más bien estabilizarlo- queda ahora el tema

258. Roqueñí Rello, José Manuel, “La educación de la afectividad en México: orígenes y perspectivas”, 2012.

del riesgo de la libertad. Este riesgo está asumido por la Corte como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es decir, la persona puede irse de la relación porque es libre. Más aún, porque tiene *un derecho* a irse en tanto plan de vida.

Probablemente sea verdad, pero nuevamente debemos ir un paso atrás y constatar por qué la persona querría irse. Pero no indagar esa razón desde el punto de vista superficial, pues a esos fines cualquier respuesta basta; sino a buscar la razón en la estructura de la persona, en sus fundamentos, en donde podemos encontrar algunos esbozos de la apertura original de esa libertad.

Aquí necesitamos echar mano de un concepto antropológico y de fuerte sentido estructural: *voluntas ut natura*.

La *voluntas ut natura* es la misma voluntad en cuanto, por su propia naturaleza de apetito espiritual, tiene por objeto el bien en su más amplia universalidad (*bonum in communi*), y en tanto, por ser el apetito del hombre como persona, tiende al fin específico de este. Se trata, como se advierte inmediatamente, del apetito consiguiente a lo que hemos denominado como “inteligencia inmediata” y su intencionalidad hacia su objeto es necesaria. Se trata, asimismo, del apetito del fin humano en su máxima generalidad que, ante un conocimiento general y abstracto del fin, es apetito solo determinado también en forma general y abstracta, pero que tiende a la determinación concreta mediante la actividad humana, de la que ella es su fuente inmediata; pero que, frente a un bien máximamente determinado que revistiera un carácter de perfección plenaria, sin defectos, tendería también necesaria e infaliblemente hacia él²⁵⁹.

Vamos a traducir esto al español. La *voluntas ut natura* vendría a significar que la voluntad humana tiende a un fin global y definitivo de manera necesaria, estructural. Vaya que no hay libertad para elegir esa tendencia. Todos los seres humanos buscan ese Todo aún sin saberlo, es más, ni siquiera sabiendo que se tiende hacia él, lo hacemos. Por lo que es ilusorio pensar que en una relación de pareja se podría cumplir este anhelo de satisfacción. Una persona, por mucho que se esfuerce para ello, por mucho que nos procure, es incapaz de

259. Lamas Félix Adolfo, “Dialéctica y concreción del derecho”, *Colección Circa Humana Philosophia*, Buenos Aires, 2020, p. 5.

abarcar plenamente este gran deseo, esta gran apertura del hombre hacia las cosas. Por eso se ha dicho con razón que el hombre es apertura al infinito.

Esta narrativa podemos constatarla fácilmente en la experiencia, la misma literatura, con su indudable vocación universal para ser entendida por cualquiera que de buena fe presta atención a la vida, nos puede ayudar a comprender esta *voluntas ut natura* en todo su dinamismo:

El no poder estar satisfecho de ninguna cosa terrena, ni siquiera, por así decirlo, con la tierra entera; considerar la incalculable amplitud del espacio, el número y la mole maravillosa de los mundos, y descubrir que todo es poco y pequeño para la capacidad del propio ánimo; imaginarse el número de los mundos infinitos, y el universo infinito, y sentir que nuestro ánimo y nuestro deseo son todavía más grandes que el mismo universo; continuamente acusar a las cosas de su insuficiencia y nadería, y padecer necesidades y vacío, y aun así, aburrimiento, me parece el mayor signo de grandeza y de nobleza que se puede ver en la naturaleza humana²⁶⁰

Ahora bien, identificada esta propiedad del espíritu humano, queda claro que entonces el razonamiento de la corte según el cual los riesgos de la relación sea una posibilidad latente que llevarían a su separación desconoce o al menos es injusto con la comprensión de este aspecto del hombre, porque entonces si el hombre decidiera separarse por la razón que fuese, aquí no la estamos juzgando- su futura pareja tampoco terminaría por satisfacerle del todo. Existe el gran problema del siglo XXI y la gran ansiedad en que nos encontramos al desconocer aquello de lo que estamos hechos.

Desde esta perspectiva la ignorancia de lo que somos pasa factura en el desorden y constante cambio en las relaciones de pareja. Si el hombre pudiera comprender que ninguna persona le bastará para llegar al cumplimiento de este deseo tan profundo, se concentraría de otro modo en atender una relación y poder comprender que la misma le hace descubrirse y le permite precisamente, seguir una huella, una especie de aroma que le viene en las cosas, y que le dicen "lo que buscas está más allá" ... más allá de su pareja y de cualquier persona.

260. G. Leopardi, *Pensamientos*, LXVIII, en *Poesía y prosa*, Alfaguara, Madrid, 1979, p. 465-466.

La salida de esta paradoja me llevaría por rutas más amplias de las que en este trabajo no puedo dar cuenta, pero bien puede decirse que entonces uno, al ser consciente de esta realidad, se convierte en pareja que acompaña al otro, en una compañía mutua de ambos hacia el mismo fin. Por tanto, es obvio que justificar la ruptura de una relación por los riesgos que esta tiene, es inconsistente con la propia dinámica afectiva y estructural del hombre. Menos aún con el argumento de que el hombre es libre y todavía menos con el argumento de que esa libertad se convierte en derecho al *libre desarrollo de la personalidad*. Ninguna libertad se estaría desarrollando de esa manera, dando vueltas en círculos.

Sin el ánimo de ser exhaustivo diremos una última cosa. Aunque pareciera que la libertad del hombre se realiza tantas más opciones tiene, la verdad de las cosas es que su sentido de realización es inverso a la cantidad de opciones. Es decir, si preguntásemos a una persona que va a elegir su ropa por la mañana, sí es más libre teniendo veinte pares de zapatos, cuarenta sacos, treinta camisas y treinta pantalones, en comparación a que, si sólo tuviera uno de cada prenda, queda claro que, aunque engañosamente parece que es más libre entre tantas más opciones tiene, lo cierto es que la deliberación de cada una le llevaría un tiempo considerable. Y si le aumentará las cantidades de ropa hacia el infinito, lejos de ser feliz por tener una pluralidad de opciones inabarcables, lo cierto es que esa persona terminaría en la angustia por el exceso de alternativas sin luna sobre la cual proyectar toda la energía de la libertad. De donde se sigue que la libertad es más completa cuando se concentra y proyecta en una sola elección de entre tantas otras posibles.

El mismo fenómeno se da en la elección de una pareja. La libertad realmente se cumple y descansa en permanecer unida a esa única elección que previamente hizo, y por eso puede decirse que el deber de fidelidad descansaría en este rasgo estructural de la libertad.

Conclusiones. Hacia una filosofía judicial personalista

El recorrido que, hecho hasta ahora, permite advertir la enorme complejidad que presentan las sentencias dictadas no sólo por la Suprema Corte de Justicia Mexicana, sino en general por todos los tribunales constitucionales del mundo.

Dichos tribunales dejaron de ser “la boca de la ley” para convertirse en cuerpos colegiados que fijan los contornos de la moral, la economía, la política, la salud, y en este caso, el alcance de una obligación moral que se transforma en jurídica cuando seas exigible ante un Tribunal y se pide respecto de su cumplimiento una indemnización por daño moral.

El mismo rubro “indemnización por daño moral” remite necesariamente a aspectos que guardan fuerte relación con la moralidad, pues de otro modo no existiría un valor económico para compensar el daño que se sufre en esa esfera de la vida privada. No obstante, lo relevante en el caso no es regresar al antiguo -y me parece ya superado-, debate sobre las relaciones entre moral y derecho, sino que pone en la mesa la cuestión de cuánto vale realmente un daño a los sentimientos y a la confianza. Aspectos que en principio podrían no ser jurídicos, adquieren relevancia para el ordenamiento jurídico por cuanto a que al derecho le importa desde luego trazar los perfiles del carácter cívico.

Esto es especial relevancia para los tiempos que corren, ya que la Suprema Corte de Justicia no puede -aunque quiera- permanecer indiferente – o como ella sostiene- moralmente neutra frente a la conducta interna de las personas. Más aún cuando la Constitución Política contiene una visión o una imagen ética del hombre y contrario a lo que pudiera pensarse, no es neutral en este punto. En rigor, sentencias como la que se analizó u otras en las que los tribunales constitucionales se pronuncian sobre la moralidad, son sentencias que vale la pena ponerles el foco para desvelar el tipo de filosofía que las nutre.

Desde luego no en todas las sentencias judiciales se encontrarán temas que nos permitan dar cuenta de aspectos éticos, pues hay muchas otras temáticas de los tribunales constitucionales que nada tienen que ver con tal cuestión, como las cuestiones competenciales o el límite y alcance de facultades entre los poderes de la Unión. Sin embargo, hoy asistimos a una judicialización de lo moral y en ese sentido debemos conocer ese mismo lenguaje para estar ciertos de lo que se está resolviendo en sede judicial.

Por eso mismo la conclusión apunta a que la filosofía judicial sea personalista, al poner en el centro a la persona completa y no sesgada. No a la persona jurídica, al estilo del “centro de imputación” Kelseniano, sino a la per-

sona toda como la entiende “la tradición central de occidente”²⁶¹. Y dado que los jueces resuelven todo el tiempo sobre la constitucionalidad de estos actos, se impone una visión desde dentro de la Constitución, máxime que la cláusula “pro persona” incluida ya en casi todos los textos constitucionales contemporáneos, invita a elegir “la mejor de entre dos normas o interpretaciones posibles”; y preguntarse por lo mejor para el hombre es una pregunta ética, no nada más jurídica.

Hablar del personalismo como una filosofía judicial, es una tesis que encuentra un soporte conceptual altamente sólido en la obra iniciada ya hace años, del profesor Alfonso Santiago, quien en una obra que necesariamente se vuelve una referencia²⁶², y por qué no decir, el origen de esta visión en el constitucionalismo, ha puesto las bases para conectar, primero, la filosofía del derecho con el derecho constitucional; y segundo, darle a esa relación una identidad de escuela, al adscribirle al constitucionalismo el carácter de personalista.

Lo que en estas conclusiones se esboza, es proyectar la filosofía del derecho de corte personalista, al universo de la jurisdicción constitucional, donde a nuestro modo de ver necesariamente se deja ver la concretización del derecho.

Desde luego que hay muchos otros temas que se derivan de esta sentencia, como la cuestión misma de la indemnización por daño moral y que por razones de espacio en este trabajo no son abordados. Pero lo que sí puede decirse es que si los argumentos centrales de la Corte *fuera replanteados* a la luz del otro tipo de filosofía v.gr., la clásica, muy probablemente la conclusión a la que se llegaría sería diferente.

No cabe duda de que el deber de fidelidad sexual existe como tal y que la transgresión al mismo debe generar consecuencias jurídicas al margen de cualquier consideración ética. Que las consecuencias jurídicas sólo consistan en la ruptura del vínculo matrimonial no deja satisfecha la pretensión de unidad que caracteriza una familia, pues una separación de este tipo trastoca el núcleo mismo de cualquier comunidad familiar. Pero estas son cuestiones que dejaremos para otra ocasión, sin perjuicio de advertir que es totalmente falso enten-

261. George, Robert P, *Making men moral: civil liberties and public morality*. Clarendon Press, 1995.

262. Santiago, Alfonso, *Estudios de Derecho Constitucional: Aportes para una visión personalista del Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2017.

der el riesgo de una ruptura como una razón tan suficiente para desmoronar en cualquier momento una relación y con ello una familia.

Es verdad que el hombre en todo tiempo es libre para abandonar una relación en la que ya no quiere estar, pero es precisamente en su coraje para construirla y recuperar la unidad perdida -en su caso a través del perdón- en que se muestra su grandeza y verdadera vocación. Por eso llamar la atención sobre este tipo de sentencias, que en algún sentido muestran los intentos por ensombrecer la materia prima del tejido social, es pertinente para regresar al estudio serio del hombre en su relación con el derecho.

Matemáticas, ciencia y filosofía son necesarias para la evolución del hombre en la historia, son condiciones fundamentales para la civilización. Pero uno podría vivir perfectamente sin la filosofía, sin saber que la tierra gira alrededor del sol. Por el contrario, el hombre no puede vivir sin certezas morales. El hombre no podría vivir sin poder tener juicios seguros acerca del comportamiento que los otros adoptan con él.

Esto es tan cierto que, precisamente, la incertidumbre en las relaciones constituye una de las enfermedades más terribles de nuestra generación. Es difícil tener seguridad en las relaciones, comenzando por la misma familia. Se vive como mareados, con tal inseguridad en la trama de relaciones personales que ya no se construye al ser humano. Se construirán rascacielos, bombas atómicas, sistemas sutilísimos de filosofía, pero no al ser humano, porque éste radica en sus relaciones²⁶³.

263. Giussani Luigi, "El sentido...", *óp. cit.*, p. 51.

Fuentes de consulta

- ~ Barak, Aharon. *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra Editores, 2017.
- ~ De Aquino Tomás, *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, EUNSA, Navarra, 2011.
- ~ De Aquino, Tomás, et al. *Suma teológica*, La Editorial Católica, 1947, I-I, 5.
- ~ Entrevista al Prof. John Finnis por Juan Bautista Etcheberry, material de posgrado, UCA, Buenos Aires, 2020.
- ~ G. Leopardi, *Pensamientos*, LXVIII, en Poesía y prosa, Alfaguara, Madrid, 1979.
- ~ George, Robert P, *Making men moral: civil liberties and public morality*. Clarendon Press, 1995.
- ~ Lamas Félix Adolfo, *"Dialéctica y concreción del derecho"*, Colección Circa Humana Philosophia, Buenos Aires, 2020.
- ~ Nava Tovar, Alejandro, *"La institucionalización de la razón"*, Siglo XXI, México, 2016.
- ~ Ponce Núñez, Carlos Gustavo, "El Derecho al libre desarrollo de la personalidad", Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.
- ~ Rhonheimer, Martín, *Ley Natural y razón práctica*, EUNSA, España, 2000.
- ~ Roqueñí Rello, José Manuel, "La educación de la afectividad en México: orígenes y perspectivas", 2012.
- ~ Santiago, Alfonso, *Estudios de Derecho Constitucional: Aportes para una visión personalista del Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2017.
- ~ Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 237/2014, México. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-01/AR%20237-2014%20v.%20p%C3%BAblica%20PDF.pdf>
- ~ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El libre desarrollo de la personalidad*, Cuadernos de Jurisprudencia No. 16, Suprema Corte/Centro de Estudios Constitucionales, México, 2022

Filosofía y derechos humanos
Publicación digital
Puebla, México
2024



Dos pilares de la civilización occidental actualmente son la filosofía y los derechos humanos. Aunque la primera tiene una historia muy larga en comparación con los segundos, existen caminos entre ellos que se entrecruzan y generan nuevas formas de pensar en conceptos tan importantes en nuestro tiempo como la empatía, la dignidad de las personas y la fraternidad.



Instituto de Investigaciones
y Estudios en Materia de
Derechos Humanos
