

CAMINO A LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

*Pedro Salazar Ugarte**

Resumen

En junio de 2011 se publicó una importante reforma constitucional en México. Con ella cambiaron la mayoría de las disposiciones dedicadas a los derechos humanos y se reafirmó la apertura del ordenamiento jurídico mexicano al derecho internacional. En este texto se ofrece una reconstrucción de algunas de las decisiones y procesos que están detrás de la reforma y se delinea un mapa de las acciones que los diferentes actores políticos, jurídicos y sociales deberán llevar a cabo para convertir lo que las nuevas normas prometen en una realidad.

Palabras clave: derechos humanos, reforma, poder judicial, transición.

Abstract

In June 2011, an important amendment to the Mexican constitution took place. The majority of the articles related to Human Rights were modified, reinforcing Mexico's willingness to acknowledge international law in the subject. This paper offers the reconstruction of some of the decisions and procedures that took place regarding this amendment and traces a map of what the different political, legal and social agents should do in order to fulfill the promises made by it.

Keywords: human rights, amendment, Judiciary, transition.

I.

La constitución mexicana de 1917 siempre prometió lo que no ha podido cumplir. No fue diseñada para la democracia pero prometía organizar al país democráticamente; no ofrecía mecanismos idóneos de garantía para los derechos de las personas pero otorgaba un amplio catálogo de derechos fundamentales (mal llamados garantías individuales en su texto) a todos los seres humanos que se encontraran en el territorio nacional. Además, el documento constitucional emanado de la Revolución no ofrecía un entramado institucional idóneo para activar los mecanismos de control del poder que contenía explícitamente.

* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Correo electrónico: pedsalug@yahoo.com.

te en su texto y, sin embargo, formalmente organizaba al estado bajo el principio de la separación de los poderes y el modelo federal. Por todo ello, muy pronto, la constitución se convirtió en fetiche: un conjunto de normas inspirado en un movimiento político y arropado de una retórica emancipadora pero que no serviría para organizar al país en clave democrática, social y liberal sino, en todo caso, para maquillar la realidad autoritaria y desigual que lo caracterizaba.

Por eso es no es fácil hablar del Estado de Derecho en México. En los hechos, lamentablemente, los principios e instituciones del constitucionalismo democrático no tienen vigencia para la enorme mayoría de los mexicanos. Me refiero en particular a los bienes más valiosos de ese modelo: los derechos fundamentales o humanos de las personas. Libertades, derechos políticos y derechos sociales que constituyen la base de legitimidad del propio modelo y, al mismo tiempo, el objetivo que las instituciones políticas deben perseguir. Pero algo se ha movido en tiempos recientes. Así como la democracia política se fue construyendo sobre la base de la propia constitución posrevolucionaria, también la agenda de los derechos ha venido ganando terreno. Una prueba de esta afirmación es la reforma constitucional en materia de derechos humanos aprobada en 2011, que constituye el eje principal de este ensayo.

Esa reforma cambió el texto constitucional mexicano de manera sustantiva. Técnicamente hablando, el apartado dogmático de la constitución fue objeto de modificaciones sustanciales que sientan las bases para una transformación profunda de las prácticas políticas, jurídicas y de políticas públicas en materia de derechos humanos. En este texto no me propongo describir ni analizar los cambios constitucionales concretos¹ sino recuperar algunos de los eventos, acciones y decisiones que antecedieron a su aprobación y que ayudan a comprender que no se trató de un hecho aislado ni casual. De hecho, como sostengo en las páginas siguientes, esta reforma es prueba de una suerte de “transición jurídica” en México que se ha venido verificado en clave garantista.²

¹ Una primera aproximación en esa dirección puede consultarse en Carbonell, M., P., Salazar (coords.), *La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, IIJ-UNAM, México, 2011.

² La idea de transiciones jurídicas ha sido trabajada por Héctor Fix-Fierro y Sergio López Ayllón. Sobre garantismo, cfr.; Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Una teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2009. Carbonell, M., Salazar P., (editores), *Garantismo. Reflexiones sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2008.

No pierdo de vista que las reformas constitucionales son solamente eso, y por sí solas no desencadenan transformaciones políticas y prácticas concretas. Para traducir a las normas en realidades es necesario implementar acciones desde diferentes ámbitos de la vida social y política. Por ello, en la segunda parte de este texto, delinearé algunas de las tareas que deben asumir los diferentes operadores jurídicos del país y, sobre todo, los jueces para poner la reforma en práctica.

II.

La reforma de derechos humanos es la culminación de un largo proceso. Y, a la vez, es el punto de partida de una nueva etapa de transformaciones jurídicas, políticas, sociales e institucionales. Los alcances potenciales de esa operación constitucional emergen de cinco ejes estratégicos: a) la ampliación del conjunto de derechos humanos; b) el ensanchamiento de la titularidad de los derechos; c) la especificación de las obligaciones de las autoridades; d) el fortalecimiento de las instituciones de protección (jurisdiccionales y no jurisdiccionales); e) el énfasis en la protección de los derechos desde las políticas públicas.³

Detrás de la reforma se encuentra un proceso de paulatina apertura del sistema político mexicano al derecho internacional. Un proceso que condujo al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en 1988 y a la adhesión y ratificación de múltiples instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Natalia Saltalamacchia y Ana Covarrubias explican la maduración de este proceso en los siguientes términos:

“Mediante la interacción entre factores internos e internacionales a lo largo de seis décadas (...), México pasó de sostener una posición defensiva a una proactiva frente al régimen internacional de derechos humanos.

(...)

Para que los derechos humanos llegaran a ser prioritarios en la política exterior de México debió primero desarrollarse un proceso por el

³ Tomo esta idea de los comentarios expuestos por Alan García en el Seminario sobre la Reforma de Derechos Humanos organizado por la SCJN en diversas sedes nacionales el 23 de septiembre de 2011. El profesor García participó, junto con el autor de ese extenso, en la Casa de la Cultura Jurídica de León, Guanajuato.

cual los mexicanos se familiarizaron con este paradigma y lo adoptaron como lente interpretativo de su propia situación política y social. Esta socialización de los derechos humanos en México comenzó en la década de los ochenta, de la mano de organizaciones de la sociedad civil principalmente y se extendió a partidos políticos y gobernantes.

(...)

(Además) los cambios en la política exterior de México coincidieron con transformaciones en el orden internacional que potenciaron la capacidad de influencia de las redes transnacionales de derechos humanos.⁴

Ese proceso constituye el telón de fondo que explica en parte el sentido de la reforma aprobada en 2011. La prueba de ello es que la reforma, aunque proviene de un proceso político nacional, tiene una fuerte orientación internacional. De hecho, parece atinado sostener que el eje articulador de todas las modificaciones a la constitución mexicana son los criterios, principios e instituciones de garantía de los derechos humanos que han madurado en el ámbito de los organismos internacionales.

La reforma fue precedida por una mutación en el lenguaje jurídico, político y académico mexicano que instaló el concepto de los “derechos humanos” en el centro de una agenda programática. Poco a poco el lenguaje de las “garantías individuales” –término constitucionalizado desde 1917 para recoger en la constitución a los derechos de las personas– se fue desplazando por conceptos más modernos como el de “derechos fundamentales” o más amplios como el de “derechos humanos”. De hecho, estos conceptos ya se habían introducido en la propia constitución en reformas anteriores (en concreto, en los artículos 18 y 102-B).

Cabe subrayar que esta transformación en el lenguaje y en la manera de entender a los derechos fue ganando terreno en círculos ajenos al mundo de los operadores jurídicos –comunicadores, políticos, estudiantes de otras disciplinas de las ciencias sociales, activistas, etcétera– y, de hecho, no ha sido del todo aceptada y digerida por los abogados. Esta paradoja tiene una explicación en los programas de estudios de las Escuelas de Derecho y en las dinámicas de la práctica profesional de los operadores jurídicos. Desterrar de la mentalidad de los abogados la

⁴ Saltalamacchia, N., A. Covarrubias, *Derechos Humanos en Política Exterior. Seis casos latinoamericanos*, ed., México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2011, pp. 199, 201, 203.

antigua terminología (que esconde toda una concepción del derecho) no será una tarea fácil. Y, por lo mismo, previsiblemente, el lenguaje de los derechos arraigará primero en otras sedes.

Desde el punto de vista institucional, en las décadas que antecedieron a la reforma de 2011, se fue generando un entramado de normas e instituciones que especializaron la protección de los derechos. Comisiones de Derechos Humanos –nacional y estatales–, organismos orientados a la protección de derechos específicos como el Instituto Federal de Acceso a la Información y de Protección de Datos Personales y sus equivalentes en las entidades federativas o las autoridades electorales administrativas y jurisdiccionales, son algunos ejemplos de instituciones garantes especializadas. De esta manera la agenda de los derechos, por un lado, se especializó y, por el otro, colonizó diferentes ámbitos de la vida pública mexicana.

Mediante este proceso, la gestión de algunos aspectos relevantes de la vida social se desarrolló en términos de derechos y ya no de deberes ciudadanos o potestades estatales. Lo anterior también supuso la incorporación en el ordenamiento jurídico mexicano de nuevos derechos y nuevos sujetos titulares de derechos. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho de acceso a la información pública y del derecho de protección de datos personales, ambos reconocidos en el artículo 6º constitucional, o del derecho a no ser discriminados que se incorporó en el artículo 1º de la constitución. En ambos ámbitos –como ya se anunciaba– también se crearon instancias especializadas de garantía. Pero también es el caso de múltiples derechos sociales que fueron incorporándose y mutando en el texto constitucional. Derechos como la salud, la vivienda y, recientemente, la alimentación o el acceso a un medio ambiente sano, por citar solamente algunos, a lo largo de las décadas, entraron a la constitución con el mismo rango que el derecho al trabajo o el derecho a la educación que estaban ahí desde 1917. Con ello el estado adquirió nuevas obligaciones que ahora podrán ser interpretadas y exigidas a partir de los parámetros desarrollados en el circuito internacional.

Asimismo, con los años, se introdujeron normas orientadas a brindar protección a distintos grupos vulnerables: indígenas, niños, niñas y adolescentes, etcétera. Si a esto le añadimos la ratificación de múltiples tratados internacionales relacionados con grupos de derechos y distintos titulares, tenemos un cuadro que muestra la tendencia expansiva de la agenda de los derechos en el ordenamiento nacional. Pero también anuncia nuevas maneras de comprender las relaciones entre los dere-

chos, porque en el ámbito internacional se ha consolidado la idea de que todos los derechos son interdependientes, indivisibles, progresivos y universales.

Además se suprimieron de la constitución algunos supuestos normativos de cuño autoritario. Tal es el caso concreto, por ejemplo, de la pena de muerte, que se encontraba contemplada en los artículos 14 y 22 constitucionales y que fue abrogada en diciembre de 2005. Con ello México entró en sintonía con una tendencia internacional impulsada desde el ámbito europeo. Por eso el gobierno, al anunciar la reforma, pudo afirmar lo siguiente:

“El día de hoy publicamos un decreto que reforma a nuestra Constitución con lo que eliminamos la pena máxima de nuestro sistema legal. Este día quedará inscrito en la historia nacional como aquel en el que México se unió a los países que tienen en el respeto a la vida, uno de sus más altos derechos⁵”.

Con esa reforma, México se sumó a una agenda con tendencia progresista en el mundo. Una tendencia, vale la pena advertirlo, que se encuentra anclada en múltiples instrumentos internacionales como es el caso de la Convención Americana de los Derechos Humanos. El dato es interesante porque permite mostrar cómo opera el principio de progresividad ya que, una vez que un Estado expulsa la pena de muerte de su constitución, en aras de dicho principio no puede re-establecerla.

Sobre la base de estas transformaciones normativas y de las dinámicas sociales y políticas provocadas por las mismas, poco a poco, se fueron activando los mecanismos jurisdiccionales –nacionales e internacionales– de garantía. De esta manera, lentamente, hemos asistido a nuevas dinámicas de discusión relacionadas con la agenda de los derechos y con los dilemas que plantea su garantía en diferentes sedes jurisdiccionales. Tanto en tribunales especializados –como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación– como en los juzgados y tribunales ordinarios, los jueces mexicanos, cada vez, tienen que argumentar en términos de derechos humanos y deben familiarizarse con la experiencia de otros tribunales en el mundo y con las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de corte internacional. La tendencia ha llegado a las Salas y el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la

⁵ Discurso del Presidente Fox del 9 de diciembre de 2009. (*Cfr.* www.eluniversal.com.mx/notas/319940.html consulta: 10 de diciembre de 2012).

Nación y, a través de casos relevantes –como los de “Campo Algodoneño”, “Castañeda vs México” y “Rosendo Radilla”, entre otros– ha conducido hacia nuevas dinámicas en las que juega un papel muy relevante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Detrás de algunos de los litigios que resuelven los tribunales –nacionales y, sobre todo, los internacionales, existe un paulatino viraje en la estrategia de algunos abogados mexicanos. En las últimas décadas han surgido organizaciones de la sociedad civil –como, por ejemplo, FUNDAR, Tlachinollan o Artículo XIX–, despachos especializados –como Litiga Olé– o litigantes individuales que han impulsado casos fundados y orientados por la lógica de los derechos. Esta dimensión social de la agenda de los derechos anuncia una paulatina apropiación del discurso y el recurso de los derechos humanos por colectivos sociales que anteriormente impulsaban sus agendas por vías distintas a las legales. De hecho, muchas organizaciones y actores sociales fueron promotores directos de la reforma constitucional y participaron activamente en su confección.

Finalmente, vale la pena advertir que las transformaciones jurídicas en materia de derechos humanos no sólo provinieron desde la esfera nacional sino que también maduraron en el ámbito de algunas entidades federativas. No es posible sostener que existiera una tendencia uniforme en ese sentido, pero sí es atinado señalar que algunas entidades de la federación mexicana ampliar el conjunto de derechos reconocidos en la constitución federal, otras crearon mecanismos de garantía jurisdiccionales propios –la llamada justicia constitucional local– y unos más aprobaron reformas legales en clave progresista. En esta última dirección destacan las reformas aprobadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para despenalizar el aborto (durante las de primeras semanas de gestación) o para reconocer la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo, por mencionar dos ejemplos emblemáticos. Dichas reformas han sido objeto de polémicas públicas y litigios judiciales que han evidenciado las tensiones que conllevan las modificaciones legales en temas sensibles relacionados con la agenda de los derechos. De hecho, dichas reformas han puesto sobre la mesa dilemas muy relevantes como el que involucra, por un lado, al principio de igualdad jurídica y, por el otro, a la –así llamada– “libertad de configuración legislativa” de los congresos de las entidades federativas que integran al país.

Este aspecto impone un reto mayúsculo para el estado constitucional mexicano, porque está en juego el principio de igualdad en derechos. Principio que se fractura cuando –como sucede hoy en día–, por ejemplo, las mujeres que se encuentran en una entidad determinada (concretamente, en la Ciudad de México) gozan de algunos derechos fundamentales de libertad y de protección a la salud sexual y reproductiva que son vedados a las mujeres que habitan en otras entidades (las cuales, incluso, pueden terminar en prisión por llevar a cabo las acciones que las primeras ejercen en ejercicio de su libertad y autonomía). Alguien podría objetar que el sentido del modelo federal es, precisamente, el de permitir que cada entidad federada decida libremente cómo regular los temas controvertidos que dividen a la sociedad (tal como sucede, por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica). Frente a esta idea, me parece, debemos responder reivindicando la lógica universalista y contramayoritaria de los derechos fundamentales que exige que, cuando se trata del reconocimiento y garantía de un derecho de este tipo, el Estado debe estar incondicionalmente obligado sin tener autoridad para oponer consideraciones territoriales o idiosincrásicas particulares.

III.

Estos cambios en el mundo del derecho –normas, prácticas e instituciones– entroncaron con los efectos de la transición política mexicana.⁶ Sin el elemento democratizador es difícil comprender el origen y los alcances de las transformaciones en materia de derechos humanos. No sólo porque las reformas en este tema se fueron incrementando conforme las transformaciones políticas se afirmaban sino, también y sobre todo, porque la pluralidad política y su presencia institucional es un factor clave para activar muchos de los mecanismos de garantía de los propios derechos. Basta con pensar en los instrumentos que ofrecen las acciones de inconstitucionalidad –e, incluso, las controversias constitucionales–, contempladas en el artículo 105 de la constitución, para entender el sentido de esta afirmación.

⁶ Cfr. Merino, M., *La Transición votada*, México, FCE, 2003; Becerra, Ricardo *et. al.*, *La Mecánica del cambio político en México. Elecciones partidos y reformas*, 4^a ed., México, Cal y Arena, 2011.

Esos recursos de tutela constitucional se activan cuando, en contextos de pluralidad política, los actores y representantes deciden trasladar sus diferendos desde la arena política hacia las sedes judiciales. La transición política, entonces, permitió que la pluralidad se recreara en los diferentes órganos de gobierno y de representación –a todos los niveles– y, desde ahí, sentó las bases para activar mecanismos de reforma y de tutela constitucionales. Por eso tiene sentido sostener que la reforma en materia de derechos humanos de 2011 es una reforma *desde la democracia y para su consolidación*. No es, en ese sentido, una reforma de la transición democrática sino más bien una operación post-transicional. Sus efectos, están orientados hacia la consolidación de la democracia mexicana pero también a su afirmación como una democracia constitucional. Un modelo de organización política que persigue dos objetivos analíticamente distintos: limitar el poder político y, al mismo tiempo, distribuirlo entre los ciudadanos. Ambas operaciones que se realizan sobre la base de una garantía efectiva de los derechos fundamentales –de libertad, políticos y, sobre todo, sociales– de los individuos que integran la colectividad política.⁷ Ello implica la creación de un andamiaje complejo de instituciones que perfilan formas concretas de ejercer al poder y demandan políticas públicas específicas. En esta vertiente entran en juego consideraciones económicas, políticas y sociales que trasciende al ámbito estrictamente jurídico pero que no deben ignorarse.

IV.

Si observamos las reformas de 2011 en materia de derechos humanos y las concatenamos con otras reformas aprobadas en la última década –una parte de la reforma penal aprobada en 2008 y la reforma en materia de amparo aprobada también en 2011– tenemos evidencias normativas de que la apuesta constitucional mexicana está en el constitucionalismo democrático. Como se acaba de advertir, lograr que esta agenda se materialice requiere de la acción concertada de muchos actores. No sólo

⁷ He desarrollado estas tesis en otros textos. Cfr., entre otros, Salazar P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, México, 2011 (3^a reimp.); Salazar P., en Ruiz, Sandoval E., (ed.), *México 2010. Hipotecando el Futuro*, Taurus, 2010, pp. 115-146; Salazar, P., “La democracia enjaulada (entre el populismo y el elitismo)” en Aibar, J., D., Vázquez, *Política y sociedad en México. Entre el desencuentro y la ruptura*, FLACSO, México, 2008., pp. 87-138.

de los actores jurídicos sino también de múltiples actores políticos y sociales. En ello reside el sentido del nuevo texto del artículo primero de la constitución mexicana:

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

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

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

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

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

A continuación se traza un mapa de actores involucrados y un elenco genérico de tareas necesarias para lograr que esta norma constitucional se convierta en realidad. Objetivo último de toda operación jurídica que quiera escapar de la retórica porque, como advierte, Amartya Sen, “La justicia guarda relación, en última instancia, con la forma en la que las personas viven sus vidas y no simplemente con la naturaleza de las instituciones que las rodean”.⁸ Comencemos con cuatro actores sociales claves.

⁸ Sen, A., *La idea de Justicia*, Taurus, Madrid, 2010, p. 15.

4.1. El primer actor llamado a apoderarse de la reforma son las personas y los ciudadanos de a pie. Conocer y apropiarse de las normas constitucionales es una obligación de todos los individuos y de los colectivos sociales para que el derecho –por decirlo de alguna manera– salga de la constitución e impacte la realidad política y social. El derecho constitucional debe cobrar vida a través de la acción de los actores sociales y de las personas concretas. De lo contrario se convierte en una bandera política que se explota desde el poder. Y la retórica del derecho es una peligrosa enemiga de los derechos humanos.

4.2. A los estudiosos del derecho también les corresponde una tarea central en el proceso de aplicación y de ejecución de la reforma. De alguna manera, los juristas mexicanos deben “aprender a desaprender” lo que llevaban años asimilando, reproduciendo y enseñando. Basta con pensar en la necesidad de incorporar a sus reflexiones los insumos normativos e interpretativos que provienen del derecho internacional. Se trata de conocer y comprender tratados internacionales pero también estándares de interpretación poco estudiados en nuestro país. Estos elementos ajenos a las cavilaciones de la mayoría de los estudiosos del derecho constitucional en México, por ejemplo, implican una nueva forma de comprender el concepto de jerarquía normativa. Ya no una jerarquía estructurada bajo la lógica tradicional kelseniana de la pirámide normativa sino una nueva jerarquización basada en los contenidos de las normas y orientada por el principio *pro persona* o principio de la máxima protección. Todo esto impone un desafío intelectual mayúsculo a los estudiosos del derecho constitucional mexicano.

4.3. En paralelo al reto impuesto a la academia –a los estudiosos– está el desafío que la reforma supone para las facultades de derecho. Por lo pronto todas las escuelas del país deben actualizar sus planes de estudio para sustituir la materia de “garantías individuales” por la materia de “derechos humanos”. Ello supone crear nueva literatura, modernizar el lenguaje con el que se construyen los planes de estudio y, sobre todo, quizás lo más difícil, modificar los métodos de enseñanza del derecho. Frente a la enseñanza tradicional, para formar mejores abogadas y abogados, debe incorporarse en los programas y cursos el estudio de casos nacionales e internacionales y las prácticas de enseñanza orientadas a la práctica argumentativa del derecho. Sin esta actualización estratégica en el ámbito educativo, el país no contará con los operadores jurídicos necesarios para convertir la reforma en una realidad.

4.4. Los litigantes también están llamados a modificar sus prácticas y sus formas de aproximarse y usar al derecho. La reforma de derechos humanos los obliga a cambiar el enfoque de sus estrategias de litigios para incorporar –siempre que sea posible y tenga sentido– a los derechos humanos como argumentos e instrumentos. Esto les exige –también a ellos– abreviar de la experiencia comparada y, sobre todo, conocer el derecho internacional de los derechos humanos. Sólo de esta manera podrán aportar insumos y argumentos a los jueces para dotar de contenido a las nuevas normas constitucionales. Esto, dicho sea de paso, abre una ventana de oportunidad para las nuevas generaciones de estudiantes que, si se encuentran bien formados, podrán aportar –aunque parezca paradójico– “desde su inexperiencia” la creatividad necesaria para crear nuevas prácticas en el uso del derecho. Los titulares de los despachos, a la luz de la reforma de 2011, deben considerar seriamente buscar nuevas contrataciones bajo la premisa de: “se buscan abogados y abogadas sin experiencia”.

V.

Veamos ahora los retos que la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 le impone a los actores políticos relevantes –gobiernos, legisladores y jueces, principalmente– bajo la premisa común de que todos ellos están constitucionalmente obligados a “promover, respetar, proteger y garantizar” los derechos humanos de las personas. Dedicaré el último apartado a las tareas que la reforma impone en concreto a los juzgadores por lo que ahora sólo los mencionaré de manera genérica.

5.1. La administración pública –los gobiernos– en todos sus niveles tienen una doble responsabilidad en materia de derechos humanos: abstenerse de vulnerar, violentar, lesionar o transgredir los derechos de las personas y, al mismo tiempo, realizar las tareas tendentes a proteger, promover y garantizar los derechos. Se trata de un imperativo que vale para todos los ámbitos de acción de la gestión pública: desde el diseño, articulación e implementación de las políticas económicas hasta el ejercicio de las delicadas tareas de seguridad y procuración de justicia. La obligación de los gobiernos es, entonces, con todos los derechos –de libertad, políticos y sociales– y en todo momento. Se trata de una obligación prioritaria por lo que todas las políticas públicas deben

estar orientadas a brindarle cumplimiento. Ello, siguiendo los criterios que, para cada derecho humano, han sido desarrollados en el derecho internacional. Esto último, vale la pena advertirlo, es particularmente relevante en materia de derechos sociales porque existe un desarrollo internacional muy baste en la materia y un rezago significativo en el ámbito interno.

5.2. El Poder Legislativo nacional y las legislaturas estatales tienen como obligación primordial la creación de las normas secundarias que hagan posible la traducción de las normas constitucionales en políticas públicas en condiciones estables y ciertas. La propia reforma constitucional contiene un extenso apartado de artículos transitorios que se orienta en esa dirección y que establece los plazos que deben observarse para aprobar las normas correspondientes. Este es un tema delicado en México porque se ha vuelto una práctica común que los legisladores sean omisos en su obligación constitucional de legislar. Estas omisiones legislativas son particularmente nocivas cuando se trata de brindar garantías a los derechos humanos o fundamentales.

Otra distorsión común y preocupante tiene que ver con la aprobación de normas que contradicen a la agenda de los derechos. Una práctica que adquiere gravedad especial cuando se verifica en el plano constitucional como sucedió, por ejemplo, con una parte de la reforma constitucional de 2008 en materia de seguridad y justicia. Al constitucionalizar la figura del arraigo y el régimen especial para enfrentar a la delincuencia organizada, el poder de reforma constitucional, creó un marco constitucional esquizofrénico que debe depurarse. En esto pueden jugar una tarea relevante los jueces pero sería deseable que fueran los propios legisladores los encargados de aprobar normas coherentes con la agenda de los derechos que, por mandato expreso de la constitución, es la materia constitucional principal.

Ni las omisiones ni las contradicciones legislativas abonan a la consolidación de la democracia constitucional en el país. Además, es importante garantizar que el sistema federal no se convierta en un pretexto para romper con el principio de igualdad ante la ley en materia de derechos humanos. Las garantías de estos derechos deben ser uniformes en todo el territorio nacional y no pueden ser objeto de distorsiones supuestamente justificadas en la libertad de configuración legislativa por parte de las entidades federativas.

VI.

Los jueces tienen la función de fungir como garantes principales de esta reforma constitucional. Por lo mismo no sólo deben conocer y entender las modificaciones sino que deben asimilarlas y adoptarlas como nuevo criterio orientador de su actuación. Ello supone conocer, por ejemplo, al derecho internacional y familiarizarse con los estándares e interpretaciones de las autoridades supranacionales. Supone, por ejemplo, comprender qué es el nuevo bloque de constitucionalidad, qué implicaciones tiene en materia de jerarquía normativa, qué significado y alcances tienen los principios constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos, qué es la interpretación conforme y así sucesivamente. Y esta es una tarea que se impone a todos los juzgadores –locales y federales– por igual porque, con la reforma, todos los jueces se convierten en jueces de constitucionalidad. Lo cual, dicho sea de paso, ya ha sido reconocido por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Es verdad que los principios constitucionales no sólo se imponen a los jueces porque también son obligatorios para todos los poderes. Pero los jueces tienen una responsabilidad especial porque les corresponde garantizar en última instancia que todas las autoridades ajusten su actuación a sus obligaciones constitucionales en materia de derechos humanos. Esto impone al poder judicial retos muy relevantes. Por ejemplo, supone adaptarse a una nueva dinámica de control de constitucionalidad en la que cada juez, como se acaba de advertir, puede y debe identificar el “contenido esencial de los derechos” y, si lo considera procedente, decretar la inaplicabilidad, por inconstitucionalidad, de una ley. Esto impone una suerte de revolución en la cultura judicial mexicana que, hasta ahora, se caracteriza por la jerarquía interpretativa y por la dependencia de los criterios provenientes desde la SCJN.

En esta tesitura, los jueces tienen una oportunidad –y, a la vez, un enorme reto– para ganar credibilidad frente a los actores políticos, sociales y jurídicos del país. Si adoptan un compromiso con la reforma y asumen su tarea como promotores y garantes de los derechos humanos pueden hacer del derecho un instrumento progresista y no el ancla conservadora de los privilegios. De lo contrario abonarán en el terreno de la simulación. Una tendencia, lamentablemente, común en América Latina desde siempre como demuestra la amplia literatura que da cuenta de nuestra vocación negociadora y manipuladora de la legalidad

vigente. De hecho esa es la principal explicación de porqué la constitución de 1917 no ha surtido los efectos que sus normas prometen. Samuel Ramos, en su obra sobre la idiosincrasia del mexicano, nos regala la siguiente cita de Siegfried que encapsula a la perfección la idea:

Nunca he oído hablar tanto de Constitución como en esos países en los que la Constitución se viola todos los días. Eminentes juristas discuten seria y concienzudamente la significación de los textos de los cuales los políticos se burlan, y si uno sonríe, los doctores apuntan con el dedo los artículos que son la garantía del derecho. La ley no tiene majestad sino en las palabras.⁹

Evitar que esto siga sucediendo es responsabilidad de todas las autoridades estatales pero, cuando se trata de una reforma como la de 2011, es una obligación sobre todo para los juegadores. Porque son ellos y ellas quienes deben oponer las normas constitucionales a los poderes públicos y privados que, en su tendencia a la concentración y a la extralimitación jurídica, tienden a vulnerarlos. En este sentido, por ejemplo, frente a los actores privados, la justicia debe seguir avanzando hacia la protección horizontal de los derechos humanos. Una dimensión muy poco explorada en México pero con interesantes desarrollos en otros países que supone el reconocimiento judicial de que los derechos humanos también pueden ser violentados por los particulares y que, por lo mismo, también ante éstos exigen protección. La manera en la que se configuran las relaciones entre particulares en términos de derechos humanos es compleja pero la reforma sienta las bases para que los operadores jurídicos nacionales la exploren.

En ese contexto, adquiere pleno significado la tesis ferrajoliana de que los derechos fundamentales son los “derechos del más débil” y, en cuanto tales, merecen una protección especial. Las relaciones de poder no son exclusivas de la esfera política y, por lo mismo, los jueces también deben velar para que no se verifiquen abusos en el ámbito de las relaciones privadas. Derechos como la no discriminación, los datos personales, la privacidad, la honra, entre otros, son ejemplos típicos de bienes jurídicos que demandan con frecuencia intervenciones judiciales ante abusos cometidos no sólo por los poderes públicos sino tam-

⁹ A. Siegfried, *Amerique Latine*, citado en Ramos S., *El perfil del hombre y la cultura en México*, UNAM, México, 1934.

bien por los particulares. La obligación constitucional de proteger a los derechos adquiere pleno sentido en estos casos.

Si pensamos en la perspectiva tradicional y nos concentraremos en los poderes del estado, tenemos que los jueces también deben proteger los derechos ante el legislador democrático. No sólo cuando éste aprueba normas que contradicen a la constitución y vulneran a los derechos sino también en el delicado supuesto de las omisiones legislativas. Cuando el legislador se excede, las cosas son relativamente fáciles porque se activan lo supuestos que exigen tutela a través de recursos como el amparo o las acciones de inconstitucionalidad. Lo mismo vale cuando los legisladores aprueban normas apócrifas o contradictorias: en esos supuestos los jueces deben intervenir para “depurar” al ordenamiento. Pero, cuando el legislador es omiso en su deber de legislar, las cosas se complican. Sobre esto se ha escrito mucho en las últimas décadas pero vale la pena recuperar el núcleo del problema.

Si los jueces suplantan a los legisladores, se corre el riesgo de romper con el principio de la división de los poderes porque se convierten en virtuales “legisladores positivos” lo cual, como diría Kelsen, puede traducirse en un desequilibrio de poder. Este peligro, según Kelsen, se potenciaba, cuando las constituciones incorporaban, junto a la justicia constitucional, a ciertos principios abstractos como la libertad, la igualdad, la justicia, etcétera. Principios que, entre muchos otros, hoy contempla nuestra constitución y que en el campo de la interpretación, pero sobre todo ante las omisiones legislativas, podrían “jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional”.¹⁰ Ello si pensamos en el necesario equilibrio que debe existir entre las funciones y los contrapesos institucionales (legislativos, por un lado, y jurisdiccionales, por el otro).

Los principios constitucionales –sobre todo cuando el legislador es omiso–, para decirlo con el propio Kelsen podrían interpretarse “como directivas relativas al contenido de las leyes (...) y, en este caso, el poder del tribunal (constitucional) sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable”.¹¹ Por ello, Kelsen, recomendaba “abstenerse de todo este tipo de fraseología”¹² controvertida en las constitucio-

¹⁰ Kelsen, H., *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, (cito de la edición contenida en *Escritos sobre Democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988), p. 142.

¹¹ Ivi., pp. 142-143.

¹² Ibid.

nes. Pero, como sabemos, su advertencia fue desatendida y las constituciones contemporáneas –la mexicana, entre ellas– contienen amplios catálogos de principios abstractos. Así que ahora debemos lidiar con los desajustes que pueden derivarse, por un lado, de la omisión de los legisladores y, por el otro, de la obligación que tienen los jueces de garantizar a los derechos incluso ante este supuesto indeseable.

Por eso es necesario que los jueces asuman una responsabilidad también política como garantes no sólo de la constitución vigente sino de los principios que hacen posible al constitucionalismo democrático dentro de los que se cuenta, precisamente, la división de los poderes. Una tarea difícil y resbalosa que debe operarse con la máxima responsabilidad para evitar que el constitucionalismo democrático se desequilibre hacia una suerte de “república judicial”.

La entidad que amenaza por excelencia a los derechos siempre ha sido y sigue siendo el gobierno. El poder político en su rama ejecutiva –sobre todo en su calidad de autoridad con capacidad punitivas– es el principal violador de los derechos humanos–. No sólo de aquellos derechos relacionados con la libertad personal, la integridad física y el debido proceso legal sino también, en sentido amplio, de todos los derechos de libertad, de los derechos políticos y, por supuesto, de los derechos sociales. Violaciones que suelen materializarse mediante abusos o excesos de poder pero que también tienen lugar a través de omisiones. Recordemos que, como nos enseñó Ferrajoli, los derechos imponen obligaciones de hacer –acciones que no pueden dejar de realizarse– así como de no hacer –acciones que no pueden realizarse– a la administración pública. A los jueces, entonces, les corresponde velar para las acciones obligadas se verifiquen y los actos vedados no se materialicen. En esta dimensión la justicia encuentra su principal razón de existencia porque, como advirtió McIlwain, “la única institución esencial para defender el derecho siempre ha sido y todavía es un poder judicial honesto, hábil, preparado e independiente”.¹³

Ese es el sentido genuino de la idea de “brindar amparo y protección” a los derechos. Si el gobierno es omiso en su obligación de respetarlos o de garantizarlos, entonces, a los jueces les toca intervenir para protegerlos. La reforma constitucional de 2011 sienta las bases para fortalecer los mecanismos de protección de todos los derechos pero

¹³ MacIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, Nueva York, 1947.

quizá sobre todo de los derechos sociales. Esto en virtud de que –como ya se ha adelantado– estos derechos han sido objeto de interesantes desarrollos en el ámbito internacional. Esta es una veta prometedora en la que los jueces pueden desempeñar un papel determinante.¹⁴

Recepción: 18/11/2011

Aceptación: 30/01/2012

¹⁴ He desarrollado estas tesis junto con Rodrigo Gutiérrez en Gutiérrez, R., P. Salazar, “El derecho como palanca emancipadora. Las Reformas Constitucionales y los Derechos Sociales, Fundación Friedrich - Ebert - Stiftung - Fundación Friedrich Ebert (FES), 2012.