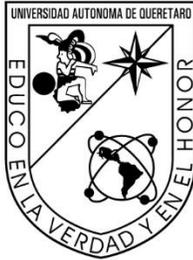


Universidad Autónoma de Querétaro

Facultad de Derecho



División de investigación y estudios de posgrado

Tesis

**“Crítica al concepto de derechos humanos de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación a la luz del sistema moral
kantiano”**

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de:

Maestro en Ciencias Jurídicas

Presenta:

Saul Eduardo Magaña Ballesteros

Dirigida por:

Dr. Luis Eusebio Alberto Avendaño González



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Maestría en Ciencias Jurídicas

“Crítica al concepto de derechos humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la luz del sistema moral kantiano”

Opción de titulación
Tesis

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de
Maestría en Ciencias Jurídicas

Presenta:
Saul Eduardo Magaña Ballesteros

Dirigido por:
Dr. Luis Eusebio Alberto Avendaño González

Dr. Luis Eusebio Alberto Avendaño González
Presidente

Dr. Lutz Alexander Keferstein Caballero
Secretario

Dra. Alina del Carmen Nettel Barrera
Vocal

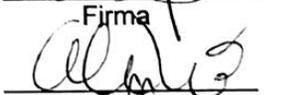
Dr. Raúl Ruiz Canizales
Suplente

Dra. Gabriela Aguado Romero
Suplente

M. en A.P. Ricardo Ugalde Ramírez
Director de la Facultad de Derecho


Firma


Firma


Firma


Firma


Firma


Dra. Ma. Guadalupe Flavia Loarca
Piña
Directora de Investigación y Posgrado

Centro Universitario
Querétaro, Qro.
Mayo 2018

Crítica al concepto de derechos humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la luz del sistema moral kantiano

Resumen

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en México ha ostentado un doble discurso respecto de lo que son los derechos humanos, uno público con una fundamentación sostenible pero difusa y uno que utiliza en sus resoluciones con tendencia positivista y sustentado principalmente en el neoconstitucionalismo de Ronald Dworkin, el cual resulta insuficiente como fundamento de los mismos. Por lo tanto, es de remarcable importancia la necesidad de actualizar y corregir el concepto de derechos humanos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación utiliza como directriz para tomar las decisiones judiciales más importantes de México, y el sistema moral kantiano, como fundamento teórico de los derechos humanos, ofrece una base coherente a partir de la universalidad y necesidad de ese concepto para el desarrollo del ser humano y no solo para la tutela de la supremacía constitucional.

Palabras clave:

Derechos humanos, neoconstitucionalismo, moral, concepto, fundamentación, coherencia, universal, necesario, principios, presupuestos.

Criticism of the concept of human rights of the Supreme Court of Justice of the Nation according to the Kantian moral system

Abstract

The Supreme Court of Justice of the Nation in Mexico has held a double discourse about what human rights are, a public one with a sustainable but diffuse foundation and one that uses in its resolutions with positivist tendencies and based mainly on the Ronald Dworkin's neo-constitutionalism, which is insufficient as a basis for them. Therefore, is of remarkable importance the need to update and correct the concept of human rights that the Supreme Court of Justice uses as a guideline to take the most important judicial decisions of Mexico, and the Kantian moral system, as a theoretical fundament of the human rights, offers a coherent base from the universality and necessity of that concept for the development of the human being and not only for the protection of the constitutional supremacy.

Keywords:

Human rights, neo-constitutionalism, moral, concept, foundation, coherence, universal, necessary, principles, presuppositions.

*A mi madre, que me dio la vida, que ha estado siempre
conmigo y me ha hecho lo que soy...*

*A mi padre, que me ha amado tanto y me ha enseñado
la importancia de seguir siempre adelante...*

*A yuyo, por ser mi equipo, mi cómplice y mi mejor
amigo...*

Índice

Resumen.....	III
Abstract.....	IV
Dedicatoria.....	V
Introducción.....	VIII

Capítulo I

El concepto de Derechos Humanos a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el neoconstitucionalismo dworkiniano

- Neoconstitucionalismo dworkiniano y derechos humanos. **1**
- Dworkin en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el concepto de derechos humanos. **10**

Capítulo II

Moral kantiana y Derechos Humanos

- ¿Por qué la moral como fundamento de los derechos humanos? **24**
- Moral kantiana y moral dworkiniana **27**
- Moral kantiana y derechos humanos **36**
- Derechos humanos frente a derechos fundamentales. Un problema de máximos y mínimos. **47**

Capítulo III

Hacia un concepto Moral de los Derechos Humanos en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

- El sistema moral kantiano como fundamento de los derechos humanos en el México del siglo XXI. Implicaciones de teoría y praxis. **50**

Conclusiones..... 58

Bibliografía consultada y referencias..... 61

Introducción

El objetivo principal de este trabajo es proponer bases teóricas sólidas para dar cuenta de la imperante necesidad de reconceptualizar los derechos humanos a la luz del sistema moral kantiano en el actuar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), el órgano judicial de más alto rango en México, quien ha incluido en sus razonamientos un fuerte contenido originado en el marco del neoconstitucionalismo dworkiniano particularmente.

Para lo anterior, la metodología a seguir se dará en virtud primeramente del tipo de investigación de la cual se trata, el cual es investigación básica toda vez que la intención del presente documento es trabajar y generar un lenguaje epistemológico filosófico tendiente a crear teoría del derecho a partir de una construcción de la misma naturaleza del concepto de derechos humanos.

La tesis se llevará a cabo desde del método crítico, a partir de la deconstrucción del concepto de derechos humanos a cargo de la SCJN por elementos que son detectables en las directrices que quedan plasmadas en sus resoluciones, más allá del discurso político que ostentan, de manera que habrá una aprehensión de ese concepto configurando así “una relación abierta y potencial con la realidad, que, finalmente, da lugar a una explicación teórica” (Zemelman, 2012, p. 185), esto para establecer las razones por las cuales el neoconstitucionalismo dworkiniano está presente en su razonamiento y posteriormente demostrar el porqué de su

insuficiencia para ser el fundamento de un concepto tan complejo como lo son los derechos humanos.

Se continuará con la construcción de un concepto de derechos humanos desde la moral kantiana, partiendo de esclarecer las diferencias entre el concepto de moral de Dworkin y el de Kant, ello para establecer la relación necesaria que existe entre derechos humanos y moral, para después concretizar ello en un concepto que pueda hacer frente al problema de los derechos humanos.

En tercer lugar, procederé a delimitar algunas cuestiones de tensión entre teoría y praxis de los derechos humanos, a partir del concepto creado, situado en el México del siglo XXI. Pues con esto se pretende responder a la necesidad de la producción de conocimiento situado que viene, de unos años para acá, aquejando a toda América Latina a partir de un influjo europeo aislado y uno estadounidense dominante, pues tal como lo señala Rodríguez (2011) es necesario consolidar el ángulo de visión jurídica latinoamericano principalmente frente a la fuerte influencia de los sistemas dominantes, con el propósito de crear algo plausible y novedoso desde la perspectiva de México en el siglo XXI, pues debemos darnos cuenta de que “el orden técnico carece de sentido, que el *american way of life*, en última instancia no tiene centro moral” (Berman, 2011, p. 151), para que en virtud de ello, este cambio responda a la situación descrita y pueda convertirse así en un concepto plausible y coherente de derechos humanos.

¿Por qué Kant y por qué Dworkin? La respuesta a esta pregunta radica en el hecho de que el neoconstitucionalismo pujante a nivel internacional en el ámbito de derechos humanos se ha manifestado en la SCJN y la metodología de este trabajo se centrará en una crítica teórica, no estrictamente pragmática, entre la plausibilidad que ofrece como fundamento de los derechos humanos el neoconstitucionalismo dworkiniano manifestado en la SCJN y el sistema moral kantiano, el cual es uno de los sistemas internamente más coherentes y por ende, con mayores posibilidades de ser llevado a la práctica.

Capítulo I

El concepto de derechos humanos a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Neoconstitucionalismo dworkiniano y derechos humanos.

Si pudiéramos ser medianamente honestos con el conocimiento, con el Derecho y sobre todo, con nosotros mismos, deberíamos entender dos cosas principalmente: Las cosas no son en realidad la visión que nosotros (seres humanos) tenemos de ellas y, en segundo término, la visión que un ser humano o grupo de seres humanos concluyen de lo que son las cosas no les permite de ningún manera ostentarse como dueños de la verdad y con derecho a imponerla sobre todos los demás, simplemente se ha argumentado en torno al conocimiento y se han logrado consensos que permitan el desarrollo de dicha sociedad.

En este sentido, la diversidad de concepciones acerca del origen, validez, vigencia y naturaleza del fenómeno que llamamos Derecho responden a esta necesidad que tiene el ser humano de poder, en un determinado momento, entender el entorno en el que está inmerso, y por consecuencia, ofrecer explicaciones cada vez más elaboradas, específicas y dinámicas al respecto.

Así pues, cuando hablamos de Derecho, debemos obligadamente dar cuenta de esta situación, y ofrecer a la comunidad una explicación acerca de lo que el Derecho

es o no en el entendido de lo complejo que es en este caso ,ya que esto nos permitirá, en un primer momento, escapar de la falacia positivista de que es posible entender el Derecho únicamente en tanto a sí mismo y que este a su vez, ordena la realidad, y en segundo término, dar cuenta del lugar de la teoría que ofrecemos en el universo del conocimiento jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, un sustento teórico plausible para dar respuesta al caos jurídico que existe hoy en día es el Neoconstitucionalismo, principalmente el neoconstitucionalismo abanderado por Ronald Dworkin, quien ha sido uno de los teóricos del derecho más influyentes de esta corriente desde mediados del siglo XX, sobre todo en América Latina, donde el estadounidense ha tenido fuerte presencia en la creación de teoría jurídica y en el razonamiento de sentencias judiciales, particularmente visible esto en el caso del sistema interamericano de derechos humanos, particularmente en las publicaciones del Instituto Interamericano de derechos humanos y en los razonamientos de la Corte Interamericana de derechos humanos¹, situación que evidentemente incluye a la SCJN en México, pues el constitucionalismo clásico tuvo un nuevo nacimiento, es decir, adquirió su prefijo *neo* en América Latina a fines del siglo pasado cuando la democracia se consolida en los países de América Latina, como lo menciona Portillo (2016) lo cual para 2011 es consolidado en México con la reforma constitucional de junio del 2011.

¹ Los casos *Artavia Murillo*, *Aptiz Barbera* y *Plan de Sánchez*, son algunos de los casos más representativos en los que la filosofía del derecho de Ronald Dworkin se ha hecho presente de manera estelar, sobre todo hablando del derecho a la igualdad.

Así, el neoconstitucionalismo de Ronald Dworkin presenta una perspectiva muy particular frente al problema de los derechos humanos la cual viene precisamente de su enfoque que parte, dadas sus raíces constitucionalistas, de la supremacía constitucional, la cual incluye también una nueva concepción de Constitución y rescata la importancia de la interpretación de esta para la tutela de derechos, así como también deja ver su contenido en cierta medida iusnaturalista, que lo aleja del positivismo pero en concatenación con lo antes señalado y con su fuerte tendencia constructivista, le coloca en el neoconstitucionalismo, digamos que pretendiendo mediar entre positivismo y iusnaturalismo .

La supremacía constitucional entendida a la luz neoconstitucionalista del citado filosofo estadounidense nos ofrece la revelación de una herencia inherente a cualquier teoría constitucionalista, y es precisamente el lugar que ocupa la Constitución en el Derecho, pues en Dworkin podemos encontrarla de una manera evidentemente distinta frente a las demás teorías similares, ya que en Dworkin la supremacía constitucional no implica una relación de jerarquía que invalida a las normas debajo de ella, sino que implica un papel protagónico de esta por lo que representa para los ciudadanos, esto en base a dos razones: la reivindicación del Estado de Derecho como expresión política y garante de los derechos de los individuos y la eficacia de la Constitución y el papel del reconocimiento en la supremacía constitucional.

Respecto de la primer razón, el neoconstitucionalismo de Dworkin parte de una semi - equiparación entre Constitución y Derecho, es decir, plantea la posibilidad de que de la Constitución, emerjan la mayoría de los principios que han de regir al derecho, ya que en esta se encuentra recopilada la voluntad de los ciudadanos que la han conformado, pues este nuevo Estado de Derecho representa la institucionalización de esa voluntad, lo cual según Dworkin (2008) constituye una sociedad más justa que aquella en la que se deja el establecimiento de esos derechos a las instituciones mayoritarias; por lo cual reivindica Dworkin al “*Estado constitucional de Derecho*” frente al “*Estado legislativo de Derecho*” al asumir que un Estado guiado por una constitución esta indirectamente guiado por los propios ciudadanos al establecer que en dicha constitución se les incluye de manera necesaria debido a la organización para su construcción de manera política y al consenso argumentativo, además claro de las normas relativas a la organización y funcionamiento del propio Estado, y también al asumir que “los legisladores no están en mejor posición que los jueces para decidir en materia de derechos” (Dworkin, 2017, p. 44)

De acuerdo al segundo punto, la supremacía constitucional se sustenta, a su vez, en la validez de dicha Constitución la cual está determinada por la eficacia de esta en la sociedad, pero a diferencia de las teorías positivistas que le precedieron, en donde la eficacia de esta estaba dada por el propio sistema, por su carácter de norma fundacional, lo cual representaba a la Constitución como una norma hipotética y autorreferencial, Dworkin liga la eficacia como requisito fundamental de la validez con un elemento de hecho, es decir, que la Constitución recopile los

principios de la practica social, es decir, “la convicción popular y la tradición nacional” (Dworkin, 2008, p. 279) propios de aquella que la construye, lo cual valida de manera externa al sistema jurídico a dicha Constitución.

Así también Dworkin incorpora en el concepto de constitución, contenido evidentemente progresista frente al positivismo, pues establece la idea de que en la constitución existe una incorporación no solo de normas formales de organización y funcionamiento de los poderes, sino normas sustantivas basados en principios externos a la misma, es decir basados en preceptos morales y dado que más adelante se confrontarán el concepto de moral de Dworkin y el de Kant, no abundare en el contenido de dicha moral, y solo me limitare a decir que estos preceptos morales exclusivos de la sociedad de la que se trata, se convierten en derechos una vez que se encuentran positivados en la Constitución y representan la posibilidad de una defensa de los ciudadanos frente a las estructuras estatales y un conjunto de relaciones positivas a partir de las cuales el Estado puede decidir legítimamente, lo cual representa una manera de incluir, como lo señala Prieto (2014) a la moral, no solo en la toma de decisiones en cuanto a la aplicación de la norma, sino también en la norma misma. Así, este nuevo modelo de constitución le otorga un papel activo a la moral en el Derecho, a través del reconocimiento de Dworkin (2012) de dichas premisas morales como derechos naturales, no desde el punto de vista metafísico sino constructivista y político, y por lo tanto exigibles, una vez que son incluidos precisamente en la Constitución.

Ahora bien, Dworkin (2008) rescata que la constitución ha sido dotada, debido a lo antes señalado, de un enorme poder, pero que la cuestión relevante respecto de ello no es esa cantidad de poder, sino la manera en la que la propia institucionalidad lo ejerce, es decir, la Constitución representa ya la forma y medida de todo lo que ha de ser dictado en el Estado, el juez tomará la batuta de las decisiones, pero estas instituciones se encuentran limitadas de manera negativa por la propia Constitución para dicha toma de decisiones, pues si la Constitución fuera solo un conjunto de disposiciones entregadas a la institución para ser cumplidas so pena de incumplimiento moral, no serviría de absolutamente nada, es decir, los derechos antes mencionados, deben ir aparejados de prescripciones positivas del actuar institucional para su garantía, cumplimiento y tutela, pero a su vez van a acompañados de fuertes limitaciones a la institución para el ejercicio decisivo, con el fin de que se cumpla esta precisamente en pro del ciudadano.

También, y en relación con lo anterior, podríamos hablar de que existe en Dworkin un iusnaturalismo, justamente por aquello que menciona del reconocimiento de cierto tipo de derechos naturales en la Constitución, sin embargo, es necesario en este punto tomar en cuenta el constructivismo inherente a su teoría moral, la cual sirve para la creación de la propia Constitución, pues si bien este hecho, lo aleja del positivismo, Dworkin aclara que este derecho “un derecho que poseen no en virtud de su nacimiento, sus características, méritos o excelencias, sino simplemente en cuanto seres humanos con la capacidad de hacer planes y de administrar justicia” (Dworkin, 2012, p. 274), es decir no se refiere tal cual a un derecho natural asociado

con la naturaleza biológica o esencia racional del ser humano que pudiera derivar en un derecho humano, sino a un derecho supeditado al ejercicio de una facultad política, argumentativa y constructiva que posibilite una constitución, para que estos derechos se puedan hacer exigibles, es decir, nazcan como tal, como derechos, pero no como derechos humanos, sino como lo que entenderíamos como derechos fundamentales, es decir, aquellas facultades establecidas como derechos en el ordenamiento constitucional.

Si tomamos en cuenta el hecho de que el neoconstitucionalismo dworkiniano privilegia a la Constitución sobre los derechos, pues asume que estos surgen como tal de aquella, nos encontramos con la causa de la insostenibilidad del neoconstitucionalismo como posible teoría que fundamente los derechos humanos, pues el punto de inflexión no está en el hecho de que admita la existencia de lo que entiende por “derechos naturales”, sino que supedita la validación de esa existencia a otra cosa que no sea el propio ser humano en su naturaleza biológica y su esencia racional, sino al ejercicio constructivo y argumentativo de crear una constitución que sea garante de la democracia y del Estado de Derecho, pues esto rompería con una de las más importantes características de los derechos humanos, la universalidad, es decir, el hecho de que existiesen civilizaciones o sociedades no democráticas y no organizadas en torno al concepto de constitución, haría inválida cualquier reflexión desde la teoría dworkiniana en relación con los derechos humanos en dichas sociedades, es decir, los derechos humanos no podrían aplicarse a dichas

sociedades, lo cual va en contra precisamente, hasta de manera semántica con el concepto de derechos humanos.

En segundo término, como mencionaba anteriormente, el concepto de derechos humanos frente al de derechos fundamentales representa, no solo divergencia semántica, sino una procedencia epistemológica completamente distinta, pues los derechos humanos surgen como concepto de la naturaleza humana y esencia racional, básicamente como una expresión de la moral a partir un enfoque iusnaturalista, pues parece ser el único modelo teórico que admite precisamente la independencia de los derechos humanos como tal respecto de otro tipo de ordenamientos o derechos, o en este caso, de la Constitución misma, pues los derechos humanos al volverse tema de política institucional deben estar presentes en la fundación de todo aquello que tenga que ver con la interacción política del ser humano, pues atienden a los principios que rigen el funcionamiento del pensamiento del ser humano, así como las diversas maneras en que lo ejerce.

Por otro lado, si queremos hablar de derechos fundamentales debemos trasladarnos de corriente epistemológica para ubicar esta categoría debidamente, y es el neoconstitucionalismo el que ofrece esta oportunidad, pues su parte el neoconstitucionalismo postula, esencialmente la existencia de principios morales más amplios que los que establecen las leyes comunes y corrientes, y por lo tanto son esos principios los que deben entrar en juego al momento de las resoluciones de conflictos en primer lugar y que deben estar representados en la Constitución

como documento supremo del Estado Democrático y no la norma común, pues son esos principios los que se acercan de una manera más completa a las necesidades del ser humano y del grupo social en si, por lo que estos principios cobran relevancia para esta corriente, sin embargo el extenso catálogo de principios morales que tiene una sociedad haría imposible su aplicación valida y sistematizada, por lo que la particularidad de esta corriente es que establece que la constitución de cada Estado deber contener los principios que recoge de la sociedad y que a su vez, son estos los que serán tomados por el Derecho y las instituciones que lo aplican para la ponderación de derechos y resolución de conflictos, brindándole el papel principal en ello a la Constitución misma, pero relativizando los derechos fundamentales de sociedad en sociedad. Por lo anterior los derechos fundamentales serían estos principios morales de conciencia exclusivos de cada sociedad, transformados en derechos y establecidos en la norma constitucional, que los hará válidos y objetivamente aplicables. Es decir, los principios morales ya relativizados a cada sociedad son elevados a carácter de norma constitucional y solo cuando eso sucede forman parte de la discusión jurídica, así, esos principios se encuentran supeditados en dos momentos: en primer término a la conciencia relativa en cada sociedad y en segundo, a su reconocimiento en la Constitución. Pero según Dworkin (2008) eso no viola la justicia que en su teoría busca, como lo mencione anteriormente, sino que representa el mejor intento del Estado para con sus ciudadanos en la satisfacción de sus derechos, aunque puede haber principios no reconocidos o estos mismos sean relativos.

Dworkin en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el concepto de derechos humanos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el tribunal judicial de más alto rango en México, por lo tanto, teórica y prácticamente tienen en sus manos la capacidad de afectar la vida de millones de personas, de resolver y decidir acerca de los conflictos más importantes que como sociedad tenemos, generando así criterios que inciden directamente en la vida de los mexicanos.

Por lo tanto el deber de una entidad con esas características es que esas decisiones sean apegadas no solamente a la ley, sino a otro tipo de criterios que determinen la mejor solución para un conflicto, por ejemplo la moral. Es así que un tema respecto de esas decisiones, tal vez el más trascendente de ellos son los derechos humanos.

Hoy por hoy, nos encontramos con una SCJN con un discurso respecto de los derechos humanos que representa “el estereotipo del discurso del poder dominante estatalmente entronizado, y su contenido expresa la juridificación actual de las relaciones políticas y jurídicas de dominación” (Avendaño, 2014, p. 157), la SCJN a pesar de la reforma de 10 de junio de 2011, no se ha podido desprender del positivismo, y como se estableció anteriormente, desde el positivismo no hay cabida para los derechos humanos.

La SCJN para la resolución de los asuntos que le son atribuidos por su carácter, se apega necesariamente a un modelo teórico del derecho para establecer las relaciones entre sus conceptos y para emitir sus resoluciones, este regularmente tiene que ver con cuestiones de la vigencia de ciertos modelos teóricos y la inclusión de México en ciertos sistemas internacionales de derechos humanos, por lo cual actualmente se encuentra dentro del marco del neoconstitucionalismo, principalmente por el hecho de que es el enfoque con más empuje en toda América Latina y en segundo lugar porque es un modelo evidentemente estadounidense y las relaciones de poder que existen entre México y Estados Unidos de América le demandan a aquel el ajustarse a ciertas premisas que como tal, redundan en lo jurídico, así como en muchas otras áreas.

Así tal como lo menciona Avendaño (2014) el discurso de la SCJN se enmarca dentro del neoconstitucionalismo, pero en particular el tema de los derechos humanos, se enmarca en el neoconstitucionalismo de Dworkin lo cual se puede esclarecer a partir del análisis de los criterios de las tesis jurisprudenciales P./J. 20/2014 (10a.)², P. XVI/2015 (10a.)³ y 2a./J. 3/2014⁴ así como del concepto de derechos humanos que han establecido en su página oficial de internet. Pues es justamente en estas tesis y en ese concepto en donde se expresa principalmente los principales criterios que rigen los razonamientos de la SCJN en torno a los derechos humanos que utilizan para construir sus resoluciones, y es ahí también en

² Esta jurisprudencia es resultado de la resolución de la contradicción de tesis 293/2011.

³ Esta jurisprudencia es resultado de la resolución del expediente Varios 1396/2011.

⁴ Esta jurisprudencia es resultado de la resolución del amparo en revisión 592/2012

donde la SCJN deja ver preponderantemente su criterio neoconstitucionalista al estilo de Dworkin.

Primero, y posiblemente la más representativa de todas las tesis emitidas por la Corte a partir de razonamientos neoconstitucionalistas respecto de derechos humanos, es la P./J. 20/2014 (10a.), derivada de la afamada resolución de la contradicción de tesis 293/2011 por parte del Pleno de este órgano, la cual se expresa como sigue:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que,

derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

De esta tesis se pueden extraer tres puntos principalmente. El primero es que evidentemente, el origen para estos razonamientos en México fue la tardía reestructuración legal a nivel constitucional de junio de 2011, es decir las

implicaciones desde las cuales surge este tipo de tesis representaron para México, un cambio no solo jurídico, sino como lo menciona Carbonell (2014), tratándose de principios y un nuevo catálogo de obligaciones para el Estado mexicano en su actuar, situación que México, aun en estos días, sigue asimilando.

EL segundo punto tiene que ver directamente con una expresión de neoconstitucionalismo claro, y es la supremacía constitucional, precisamente entendida como Dworkin lo hace, pues no tiene que ver con el hecho de una relación de jerarquía y validez pura entre normas, sino con el hecho de que la constitución se presenta como base del sistema jurídico mexicano y al abrirse a nuevos principios e incorporación de preceptos morales se entiende que el Estado mexicano ha delimitado su actuar para con los derechos , es decir ha establecido que su constitución, al ser una expresión propia de la sociedad mexicana, incluye en si misma todo aquello relativo a los derechos fundamentales que es importante para México. Sin embargo, esto a su vez posibilita el hecho de que México encontraría en su propia supremacía constitucional, basada en el amplio contenido que tiene después de la reforma, una legitimación para limitar derechos humanos, aunque estos estén tutelados por tratados internacionales, pues se le va a dar prioridad a las limitaciones del propio texto constitucional, es decir la constitución va a servir de tamiz para determinar qué derechos decidirá respetar, proteger, promover y garantizar, y en qué medida, el Estado mexicano. Una vez más, esto imposibilita un discurso valido sobre derechos humanos y lo convierte en uno de

derechos fundamentales propios de cada Estado y su Constitución, es decir, relativiza el problema.

Luego, un tercer punto apreciable en dicha tesis es el hecho de la supeditación de los derechos humanos como tal, al texto de una Constitución, es decir, el hecho de firmar tratados internacionales y reconocer un catálogo de derechos amplísimo para después hacer de lado todos aquellos que no vayan con las limitaciones expresas en la Constitución, es decir, si el segundo punto era la supremacía constitucional en base a asumir que esta contiene todo lo que debe contener en materia de derechos humanos y este tercer punto representa el hecho de subsumir derechos humanos a un filtro de validación como tales a partir de su inclusión en el texto constitucional, lo cual no es malo, pero evidentemente no puede entrar en el discurso de los derechos humanos, y una vez más, esta condición resulta suficiente para hablar de derechos fundamentales pero no de derechos humanos, y el problema es que ni siquiera se acepta de manera anexa la posibilidad de hablar de derechos humanos que no estén contenidos en la constitución, simplemente se les excluye del discurso, pero de manera un tanto más perversa, la SCJN reserva para sí misma dichas interpretaciones y valoraciones, es decir, esta misma tendría aún el control de las restricciones de derechos, pues ellos se encargarían del ejercicio de correlación.

En el mismo tenor pero con una particularidad, está la tesis P. XVI/2015 (10a.) que versa como sigue:

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DIRECTRICES PARA ESTABLECER Y CONCRETAR LAS OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN TRATÁNDOSE DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES.

La jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es aceptada por el Estado Mexicano y, en esa medida, en tanto se esté frente al incumplimiento de obligaciones expresamente contraídas por éste, no corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por aquel organismo internacional es correcta o no, lo que debe entenderse en forma unívoca y dogmática, ya que la competencia del Máximo Tribunal Constitucional del país, como garante de la supremacía constitucional, descansa ontológica e inmanentemente en su actuación, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto, para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación en atención a las sentencias internacionales, se estima necesario analizar siempre: (I) los débitos que expresamente se desprenden de tales fallos para el Poder Judicial de la Federación, como parte del Estado Mexicano; y, (II) la correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que

estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con los reconocidos por la Constitución General de la República o los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano y que, por tanto, se comprometió a respetar. En el entendido de que si alguno de los deberes del fallo implica desconocer una restricción constitucional, ésta deberá prevalecer, en términos de la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) ()*.

En esta tesis la SCJN deja muy en claro dos cosas, la primera ya fue discutida en la tesis anterior y es respecto de la supremacía constitucional dworkiniana. Pero la segunda versa en el sentido de que legalmente México sería capaz de hacer prevalecer criterios constitucionales frente a mandatos de cortes internacionales respecto de las cuales México ya ha aceptado su adhesión, es decir que las limitaciones internas a los derechos humanos pesan más, ya no que derechos contenidos en tratados, sino que sentencias de tribunales extranjeros que, por obvias razones estarían instruyendo a México en la debida aplicación o respeto de un derecho humano, pues si una sentencia mandara algo a México respecto de algún derecho humano, es decir una corrección, este lo filtraría por la Constitución para hacerlo derecho fundamental y si no está contemplado por su Constitución pues simplemente podría dejarlo en segundo término, lo cual podría representar una ventana de oportunidad para el incumplimiento de derechos, pues si ya una Corte está señalando algún defecto del que adolece la propia Constitución, pues estaríamos hablando de que simple y sencillamente se apelaría a la supremacía constitucional.

Pero precisamente en los términos de Dworkin, pues en este tipo de decisiones de supremacía frente a instituciones, ya no frente a derechos, tiene un poco más que ver con la protección a ultranza del Estado de Derecho, con una concentración de poder supuestamente centrado en “la trascendencia de aquellas prerrogativas jurídicas connaturales a todo ser humano” (Soberanes & Soberanes, 2016, p. 2) pero condicionadas a un ejercicio político argumentativo de construcción de una Constitución.

Y siguiendo esa línea está a tesis 2a./J. 3/2014 (10a.) de la Segunda Sala de la SCJN que a la letra dice:

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. NO PUEDE REALIZARSE RESPECTO DE LOS PRECEPTOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Los indicados preceptos no pueden ser sometidos a un análisis de regularidad constitucional a través del juicio de amparo, ni a un control difuso de constitucionalidad mediante alguno de los recursos establecidos en la Ley de Amparo, pues las normas que componen la Constitución General de la República constituyen la fuente de todo el ordenamiento jurídico y deben considerarse como mandatos inmunes a

cualquier tipo de control jurisdiccional. Además, porque ni en la Carta Magna ni en la ley citada se establece que, a través del juicio de amparo, aquélla pueda sujetarse a control constitucional, sino únicamente las normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías establecidas para su protección por la propia Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; sin que en el concepto "normas de carácter general" puedan entenderse incluidos los preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues ésta es la Ley Suprema que da fundamento normativo al juicio de amparo; y aun cuando se aceptara que, en sentido lato, es una norma general, lo cierto es que no es posible, desde el punto de vista formal, considerar que viola derechos humanos, pues ello implicaría que la Norma Fundamental no es tal, en la medida en que el sistema de control constitucional que establece es capaz de invalidar su propio contenido, aunado a que no es jurídicamente admisible desarticular la interdependencia de las normas constitucionales, negando el principio de unidad de la Constitución.

En esta tesis es también evidente la presencia del neoconstitucionalismo de Ronald Dworkin en los razonamientos que la componen, pues de ella se puede perfectamente vislumbrar esta inmunidad de la constitución a ser objeto de cualquier medio de control jurisdiccional, lo cual evidentemente se aleja del positivismo pues

al existir los tratados como normas jerárquicamente equiparables representarían una controversia entre validez y jerarquías y emitir un juicio como el que se establece en esta tesis sería demasiado arriesgado, sin embargo, esta tesis reivindica la razón dworkiniana de esta inmunidad constitucional, pues no es debido a que sea la ley de mayor jerarquía en el país, sino por el papel que representa para el Estado de Derecho mexicano debido al contenido que se presume en ella, es decir, la incuestionabilidad de los preceptos morales y normas incluidas en la Constitución se da por el hecho de que precisamente esta representa la practica social, aquello que los ciudadanos consideran relevante y digno de tutelarse y por lo cual esta resulta incuestionable desde sí misma, por una cuestión de validez del contenido, no por jerarquía en una pirámide.

Ahora, la SCJN nos ofrece un concepto condensado de lo que son los derechos humanos, un concepto destinado a la promoción de estos en su página de internet y dice lo siguiente:

Los derechos humanos son un conjunto de principios, libertades y derechos fundamentales para garantizar la dignidad de todas las personas, establecidos en nuestra Constitución Política y los tratados internacionales. (SCJN, s.f.)

Existen en este concepto dos rasgos que en cuatro líneas denotan un fuerte contenido neoconstitucionalista, además de un par de errores de lógica en la

estructura de la propia defunción, pero ese análisis es materia de un trabajo de lógica, el cual no es el caso. El primero de ellos, es respecto de asumir que los derechos humanos son principios, pues si fuesen de esta manera, en el campo de la moral y en el del derecho no estarían en una relación de correspondencia obligada más que con una formula abstractísima de lo que *debe ser* en esas áreas, es decir, en el campo de la moral constituirían las primeras manifestaciones del imperativo categórico, pero ese lugar corresponde precisamente a los principios morales, con los cuales evidentemente guardan una relación de correspondencia pero como expresión de los principios, no como los principios en sí mismos.

Y en el campo del derecho, si fueran considerados principios, esto querría decir que según la redacción del propio concepto, la formula abstractísima a la que están sujetos sería a la propia constitución, situación que evidentemente habla de la supremacía constitucional antes descrita.

En segundo término habla de que estos principios, libertades y derechos fundamentales, están establecidos en la Constitución política y en los tratados internacionales, lo cual representa fuertes razonamientos neoconstitucionalistas, dos para ser precisos, el primero al referir el hecho de que están “establecidos” por la Constitución y los tratados, pues en la propia palabra descansa precisamente un significado fundacional que tiene que ver con el hecho de instituir, mandar y decretar, es decir, se asume que ahí es donde se originan, en la Constitución y los tratados. Y en concatenación con ello, el segundo rasgo es que si conjugamos lo anterior con la supremacía constitucional que se deja ver muy claro en sus

resoluciones, nos encontramos con el hecho de que se pugna por que la constitución origina y limita derechos humanos, aun sobre lo establecido por los tratados internacionales o lo dictado por las Cortes internacionales, es decir, en la definición pareciera que Constitución y tratados internacionales están parejos, pero ha quedado demostrado que no es así por los mismos criterios de la SCJN.

Así, estos criterios representativos de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el concepto condensado que propone, dejan en evidencia hoy por hoy, que resuelve y toma las decisiones antes citadas en base a un concepto de derechos humanos que rige su acción, mutilado, a medias, sin concluir, y peor aún, obedeciendo y respondiendo únicamente a la supremacía de su propia Constitución y en defensa del Estado de Derecho, como si estos tuvieran una relación de necesidad con la satisfacción de las necesidades y exigencias del ser humano en su actuar político, pero no es así, esta relación es accidental y basta con mirar el sistema jurídico mexicano y las condiciones de vida y democracia en las que estamos inmersos, pues los derechos humanos, como lo menciona Donnelly (2015), se materializan en la práctica política del ser humano, no en su inerte naturaleza, pero no están condicionados a ningún tipo de estándar de comportamiento.

Ahora si retomamos el tema de la supremacía constitucional, esto constituye un error consistente en intentar universalizar lo que es en sí mismo particular, como es una Constitución, que en el tema de los derechos humanos debería estar dispuesta

al reconocimiento de derechos que no contempla ya en su texto, procurar la máxima protección al ser humano y estar acorde a una “moral” que no tenga una raíz contingente como la de Dworkin, pues como señala Kant (2015) debemos hacer subordinar las leyes particulares a las leyes universales; por lo anterior, el concepto de derechos humanos a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es inmoral, y por ende necesariamente criticable, pues como lo dice Mendivil (2004), no podemos apartar a la esfera pública de la crítica radical si pretendemos proteger principios de carácter moral, y es ahí precisamente donde descansa el problema objeto de estudio de este trabajo, el discurso neoconstitucionalista dworkiniano de derechos humanos de la SCJN se olvidó de los seres humanos, de la vida, y es así que olvido que “el sujeto vivo evita que el sujeto de la praxis quede tan solo en un sujeto pragmatista que aplica la razón instrumental en función del cálculo de utilidad” (Rosillo, 2013, p. 127) en este caso, utilidad en virtud de poder, de supremacía constitucional, de salvaguardar a ultranza el Estado de Derecho.

Capítulo II

Moral kantiana y derechos humanos

¿Por qué la moral como fundamento de los derechos humanos?

Frente a una pregunta cómo esta tenemos dos opciones. La primera es asumir el hecho de que el Derecho existe como tal y como muchas otras ciencias, derivado de la filosofía, y por el contenido de este, particularmente deviene de la ética. O una segunda opción igualmente válida sería establecer que si queremos comenzar a vislumbrar la relación entre moral y derechos humanos esto se convertiría en una “auténtica levitación” (Ollero, 2007, p. 336). Cualquiera de los dos casos podría dar como resultado teoría del Derecho viable y funcional tal como sucede hoy en día, con el neoconstitucionalismo particularmente.

El asunto se torna complicado en el momento el que nos comenzamos a enfrentar con los problemas de coherencia de la teoría que asumimos, pues si pretendemos hablar de derechos humanos la segunda opción nos aleja poco a poco del concepto acercándonos a los derechos fundamentales, como si fuesen una elección y no estuvieran interconectados. Sin embargo si decidimos optar por la primera opción, y sin intención de convertir este trabajo en un recuento de teorías que relacionan derecho y moral y teorías que definen ambos conceptos, podríamos abrir la discusión al marco argumentativo de cuestiones filosóficas y jurídicas sin necesidad de “levitar”.

Así, la relación entre el derecho y la moral siempre ha existido, independientemente del hecho de que los modelos teóricos se reconozcan mutuamente o no como categorías con valor importante una dentro de la otra⁵, es decir, existen conceptos comunes a los diversos sistemas morales que han sido establecidos dentro de la ética como rama de la filosofía, y existen también ciertos elementos comunes en las diversas teorías del Derecho que ha habido. Hablando de las primeras, la moral generalmente ha versado en torno a la valoración del bien y el mal, acción humana e interacción política y por su parte el derecho no puede escindirse de la ley, la interacción política, la acción humana y la pretensión de universalización de sus postulados.

Ahora bien, en este entendido la relación entre moral y derecho se da precisamente en el punto en el que comparten elementos, la interacción política y el acción humana, lo cual nos transporta de la valoración personal entre el bien y el mal (moral), a través de la interacción política del ser humano donde hace manifiesta la decisión que tomó previamente respecto de las máximas que dirigen su

⁵ Me parece menester aclarar que establecer en el presente trabajo una seriación histórica de modelos teóricos morales y modelos teóricos jurídicos para ejemplificar este enunciado, este párrafo de hecho, desbordaría por completo los objetivos de este trabajo, pero que esto no representa de ninguna manera una ocurrencia mía pues el tema de la relación entre derecho y moral es recurrente y partiendo de estos conceptos que postulo como comunes a las teorías morales y jurídicas en general, y con la intención de no dejar al lector con esta duda mencionare que esto podemos encontrarlo presente en escritos fundacionales como filosofía del Derecho de Hegel, La metafísica de las costumbres de Kant, La fundamentación de la metafísica de las costumbres del mismo autor; hasta escritos generales de filosofía del derecho de autores como: Enrique Cáceres, Mauricio Beuchot, Andrés Ollero, Juan Manuel Terán, Efraín González Morfín, Jürgen Habermas, Cesar Rodríguez Garavito, Daniel H. Castañeda y el mismo Ronald Dworkin, y cada uno de ellos asume un concepto propio del derecho y de la moral y dialogan; con esto no quiere decir que he pasado de ellos, pues este trabajo contiene referencias a cada uno de los autores mencionados en el entendido de que es precisamente de esa discusión que he podido dar cuenta de los elementos y conceptos del párrafo al que le anoto esta referencia.

comportamiento político, hasta llegar al punto que en aras de salvaguardar la coexistencia e interrelación política, el grupo pretende universalizar las máximas que ha decidido tomar y que por criterios variados (poder, acuerdo, argumentación, etc.) designa una como deseable y la estandariza en una norma jurídica que establezca la posibilidad de exigir dicho comportamiento de los integrantes del grupo.

Y justamente de esa relación es que surge el concepto de derechos humanos, del reconocimiento de lo que en un primer momento se consideró universalmente deseable y a través del derecho se le añade exigibilidad y una pretensión de universalización, no de la norma positiva, cualquiera que sea su nombre, constitución, tratado internacional o ley secundaria.

Ahora bien, concretamente hablando de las diferencias entre estas relaciones entre derecho y moral existentes entre Kant y Dworkin podemos decir lo siguiente: Dworkin Establece a la moral como una fuente de preceptos socialmente deseables que han de ser incluidos en la Constitución de dicha sociedad para protegerla incluso de sí misma a partir de restricciones a la democracia si esta se torna contra sí misma y "... tales restricciones podían ser justificadas apelando a los derechos morales que tienen los individuos contra la mayoría y de los que se puede decir que están reconocidos y protegidos por las estipulaciones constitucionales, sean estas "vagas" o precisas." (Dworkin, 2012, pp. 211-212), y así la Constitución se alza entre

todos los demás ordenamientos jurídicos debido a esta protección y se apela a la supremacía constitucional por contenido que mencioné anteriormente.

Por otro lado Kant los relaciona entendiendo que, como lo menciona Plazas (2004), el Derecho se refiere a la exterioridad de los actos y la moral a la interioridad a partir de lo que Kant (2012) entiende por coacción externa y coacción estrictamente interna, hablando del derecho y la moral respectivamente, en donde el Derecho se asemejaría a lo establecido por Terán (2007) como un sistema heterónomo derivado de una autoridad y condicional. Sin embargo a pesar de este aparente distanciamiento entre ambas normatividades Kant encuentra su punto de relación en el hecho de que ambas son expresiones humanas, delimitables una de otra pero no separadas.

El problema transita de esta manera a la cuestión del concepto de moral, pues aunque ambas posturas reivindican su importancia frente al derecho y por ende frente a los derechos humanos situación que se tocará a continuación.

Moral kantiana y moral dworkiniana

Resulta sumamente sostenible el hecho de que el neoconstitucionalismo, como una teoría revolucionaria frente al férreo positivismo, ha traído un nuevo paradigma de reflexión, pues ha situado al Derecho en el centro de discusiones en las cuales

anteriormente no tenía necesidad de entrar, un ejemplo perfecto de ello son los derechos humanos.

Los derechos humanos como discurso vigente empiezan a encontrar su auge en la actualidad a mediados del siglo XX, particularmente después de la segunda guerra mundial, representan un complejo y novedoso paradigma del cual el Derecho no puede escindirse.

Ronald Dworkin nos ofrece con su teoría neoconstitucionalista una salida prudente del positivismo, e incorpora la moral al discurso jurídico, particularmente a la Constitución, en los términos antes mencionados, generando bases teóricas en torno a las cuales los derechos humanos se conceptualizan hoy en día. Sin embargo el punto de discrepancia con esta teoría no está en la incorporación misma de la moral al sistema jurídico, ni siquiera en su *constitucionalización*, Sino en el concepto del cual parte esta *constitucionalización*, y es ahí precisamente donde Kant nos ofrece una alternativa en su construcción ética.

Así, a continuación se distinguirá cinco aspectos en los cuales divergen estas dos concepciones de moral divergen y finalmente, las consecuencias que esto traería, a saber: divergencia en el concepto, divergencia en el fundamento, divergencia en el ámbito donde se realiza la valoración moral, divergencia en la finalidad de la moral y divergencia en la universalizabilidad.

En lo referente a la primera divergencia, encontramos que para Kant la moral es una facultad de, a través de la razón y del respeto, valorar la bondad y maldad de las acciones en base a una estructura trabajada por Kant en su obra⁶, pero definida y sistematizada por Keferstein (2008) en el que la moral se puede entender a través de la relación entre una jerarquía de conceptos consistente en formas, modos y maneras filosóficas. Primeramente el imperativo categórico expresado por Immanuel Kant (2013) da origen a lo que por moral debe entenderse, siendo así la forma de la moral, *obra solo como si estuvieras dispuesto a que por tu voluntad la máxima de tu acción se convirtiera en una ley universal de la naturaleza y trata a los demás como si fueran fines en sí mismos y no solo como un medio*⁷, este imperativo se torna posible por ser un producto de la razón, en concatenación con la libertad que debe presuponerse en todos los sujetos racionales tal como lo señala Kant (2013) y con la autonomía de la voluntad producto del ejercicio de dicha libertad en la toma de decisiones, generando así un *deber* que puede ser conocido por esta *a priori* y por lo tanto, tiene características, según Kant (2014), de ser universal y necesario.

⁶ Particularmente en la *Crítica de la razón pura, Fundamentación de la metafísica de las costumbres y Crítica de la razón práctica*.

⁷ El imperativo categórico Kantiano aquí manejado es una composición de las directrices de lo que implica ser moral expresadas por Immanuel Kant en su libro *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, sin embargo, el original versa en dos partes: *“Obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en ley universal. Obra como si la máxima de tu acción pudiera convertirse por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza”* y *“obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”*.

Como expresión de contenido de este enunciado por demás abstracto del imperativo categórico kantiano se derivan las reglas prácticas, que como Keferstein (2008) señala, pueden ser de tipo objetivas llamadas las leyes prácticas o subjetivas llamadas máximas. De aquí se entenderían los modos como los principios, los cuales le dan contenido al imperativo categórico y de la cual se desprenden las leyes prácticas, pues su posibilidad de ser aceptado como deseable representa una “situación dada cuando aquella posibilidad es factible de serlo por todo ser racional aún” (Keferstein, 2008, p. 69). De esta manera, los modos morales son aquellos principios y leyes inteligibles que dan contenido, aun abstracto a la forma moral, al imperativo categórico. Los principios, así pues, son los deberes concretos de más alto rango que deben regir el comportamiento humano, honestidad, humildad, libertad, son algunos ejemplos. Y, por su parte, las leyes morales son los principios antes mencionados añadidos al imperativo categórico, a lo que este quiere reflejar, al deber, por lo tanto, las leyes morales reflejan lo que es necesario hacer con los principios morales, es decir, deber ser honesto, deber ser humilde, deber ser feliz.

Y como un tercer estrato, encontramos a las maneras, las máximas, subjetivas debido al hecho de “que su principio condicionante sólo sea factible de ser aceptado como deseable por el sujeto cuya razón es el agente formulante” (Keferstein, 2008, p. 69), es decir, cómo llevar a la praxis los modos y formas, en este caso las formas y modos morales.

Por otro lado la moral para Dworkin (2016) se considera como estándares que prescriben el modo como debemos tratar a los otros, y rechaza completamente la idea de una moral categórica como la kantiana precisamente y en lugar de ello propone el autorrespeto y el equilibrio de las metas personales y las obligaciones y deberes con los demás, ajustando aquellas a estas.

EL autorrespeto es dignidad, la cual Dworkin (2016) enfrenta al imperativo categórico kantiano al mencionar que si debemos dar un valor objetivo a la vida de los demás tanto como a la nuestra y además debemos de juzgar nosotros mismos la manera correcta de vivir, esto presentaría un problema en el sentido en el que es una o la otra, pues establece que tanto para si como para Kant equilibrar estas opciones es imposible y cualquier elección que se tomé al respecto sacrificaría nuestra dignidad.

En ese mismo sentido Dworkin (2016) establece que el hecho de tratar a los demás como fines en sí mismos, no implica de manera necesaria el hecho de ser imparcial la totalidad de las veces, es decir, no implica que siempre actuemos con los demás como actuamos con nosotros en aras de salvaguardar del conflicto del párrafo anterior nuestra dignidad, y por lo tanto no existe una prohibición de que en ciertos casos la vida propia pudiera tener mayor que la de los demás, de ahí la esencia de la del tránsito a la protección de esto en el texto constitucional.

Ahora bien, en la segunda divergencia, aquella respecto del ámbito donde se realiza la valoración moral, la situación es muy clara, pues en ambas evidentemente se necesita la participación del individuo, sin embargo en la teoría kantiana ésta valoración se da en el ámbito individual y después se traslada al ámbito político gracias a la razón y el respeto convertida en acción fundamentada por la decisión tomada, es decir, la moral es una facultad valorativa del individuo con la estructura comentada anteriormente, posible debido a la razón, la libertad y la autonomía de la voluntad del individuo y en base a conceptos universales y necesarios de lo bueno y lo malo, no de *lo que es bueno* y *lo que es malo*, es decir no es un estándar de comportamientos, sino una facultad valorativa individual y socializable.

Dworkin por su parte, deja ver claramente que en su concepto de moral la valoración se da en el ámbito político, y el sujeto se vuelve receptor de esos estándares de conducta que ya previamente a la intervención del individuo ha determinado la sociedad en la que está inmerso es decir, los “demás⁸”, en base a lo que ese grupo social en particular considera deseable o bueno respecto del trato de los individuos que forman parte de él.

Respecto del tercer punto de divergencia, el fundamento de la moral, tenemos uno evidentemente universal y otro particular. Primero, Kant abandera el fundamento de su sistema moral en la naturaleza biológica del ser humano, su cuerpo y en su esencia racional, es decir, el sistema desde el imperativo hasta las máximas, está

⁸ Así llama Dworkin al grupo social en el que el sujeto moral está inmerso.

basado en lo que cualquier ser humano racional y comunitario pueda considerar universalmente deseable por lo que es como tal, no por lo que hace, por cómo se comporta, por como participa de la cultura, sino por el ser un ser humano racional, por lo tanto “no es una moral del individuo, sino del hombre racional, sociabilizado, con todas sus manifestaciones culturales, viviendo en una comunidad cuyas máximas son tan válidas como las de cualquier otra en tanto que cumplan con las condiciones de universalibilidad” (Keferstein, 2008, p. 78).

Por otro lado, el fundamento del concepto de moral en Dworkin es precisamente ese estándar social previamente acordado por ese grupo para su funcionamiento, es decir representa nada más y nada menos que lo que esa sociedad considera deseable en el trato político en un tiempo y lugar determinados, lo cual lo vuelve particular pues este estándar cambiaría dependiendo de la sociedad que hablemos o inclusive dentro de la misma sociedad pero en tiempos distintos, lo cual representa generalmente funcionalidad, sí pero a su vez posibilita el hecho de que esos acuerdos o estandarizaciones sean tendientes a cosas atroces, incoherentes o poco funcionales de hecho. Y otro punto a rescatar en este aspecto es el hecho de que a pesar de estar evidentemente fundamentados en bases particulares, se pretende una universalización de los estándares, la cual además se vuelve coercible, y esto sucede en el momento que esto se *constitucionaliza* y además se blinda a través de la supremacía constitucional.

Hablando el cuarto punto de divergencia, la finalidad de la moral, Dworkin es claro al respecto, la finalidad de un comportamiento moral es “vivir bien”, es decir, los actos morales están concebidos con el objetivo de vivir bien, lo cual “significa entre otras cosas vivir de manera sensible y apropiada a la propia cultura y a las propias circunstancias” (Dworkin, 1993, p. 124). Básicamente para Dworkin hay que ser bueno “para” vivir bien.

De manera contundente, Kant rechaza todo tipo de supeditación, es decir, los “para´s” del acto moral y establece que el acto moral es deseable en sí mismo, no respecto de otra cosa o fin, es decir, la bondad es deseable en sí misma, se trata de ser bueno por el hecho de *ser bueno*, pues el supeditar el acto moral a la consecución de fines ajenos a sí mismo lo convierte en egoísta y convierte a la moral como un medio y no como un fin, tirando por completo la universalizabilidad del sistema. Pero, Kant no niega la posibilidad de que ser bueno tenga otro tipo de beneficios distintos a la bondad en sí, es decir, vivir moralmente puede de manera accidental traerte felicidad, y ser feliz por haber sido bueno, pero estos fines externos no deben de ninguna manera condicionar el acto moral, pues de ser así este se volvería inmoral.

El quinto punto de divergencia se da en torno a la posibilidad de la moral de volverse efectivamente universal, ósea la universalizabilidad del sistema moral. Para ello debemos atender a cuestiones lógicas que tienen que ver con requisitos necesarios para la universalización de conceptos a saber: “1) contener contradicción interna

lógica, 2) partir de principios contingentes, ni 3) adolecer de imposibilidad fáctica” (Keferstein, 2008, p. 73).

Si tomamos en cuenta para este análisis primeramente a la moral de Dworkin, encontramos lo siguiente: 1) no contiene ninguna contradicción lógica como tal pues es coherente con su propio sistema, 2) parte de principios evidentemente contingentes, pues como la gran mayoría de los acuerdos o estándares que impone una sociedad, el estándar moral como acuerdo puede ser o no ser uno u otro dependiendo de la situación y 3) no adolece de imposibilidad fáctica, tan es así que este concepto de moral tiene vigencia en diversos sistemas jurídicos en el ámbito de los derechos humanos a nivel nacional e internacional, tal es el caso de México. Podemos de esta manera esclarecer la imposibilidad de la universalización del sistema moral de Dworkin, lo cual no imposibilita su puesta en marcha, pero si imposibilita el hecho de que este genere condiciones para poder llegar en algún determinado momento a considerarse universalmente deseable por los seres humanos y puede hacer que su praxis sea sectaria por ese hecho.

Ahora el kantiano: 1) no contiene ninguna contradicción lógica como tal pues es coherente con su propio sistema, 2) parte de principios universales que tiene que ver con lo que el ser humano es, no con condiciones externas, sino de su propia naturaleza biología y esencia racional, 3) contrario a lo que menciona Dworkin de la mora entendida por Kant, no adolece de imposibilidad fáctica pues las condiciones para dar valor a la vida de los demás como fines en si mismos no excluye que uno

lo haga en sí mismo al tiempo, pues al valorarse a sí mismo como vida con fines propios lo haces con los demás, pues esta valoración no viene de la particularidad, sino de lo que somos y que compartimos todos, seres humanos.

Como se expresa en las líneas precedentes, la moral entendida en Kant presenta sostenibilidad interna y por lo tanto una potencia de ser universalizable, es decir se encuentra legitimada a que este proceso se lleve a cabo, la moral toma un sentido alejado de la relativización de la bondad y la maldad, y reivindica la protección y vida en armonía con nuestra propia naturaleza y esencia. Por otro lado la Dworkiniana se acerca peligrosamente a la relativización de la valoración de las conductas, y digo peligrosamente pues aquello que es deseable, aquello que como seres humanos nos procura no puede estar sujeto a criterios contingentes y particulares pues esto devendría completamente en la instrumentalización del sujeto para fines estrictamente sistemáticos, pues el sujeto se entendería solo como parte de un sistema al que se ajusta, no del que participa de manera activa.

Moral kantiana y derechos humanos

Se ha hablado del tema de la relación entre moral y derecho, y se reservó para esta parte del trabajo la segunda parte de la respuesta a la pregunta que abre esta capítulo la relación entre la moral y los derechos humanos, en el entendido de que he argumentado a favor de la moral kantiana sobre la de Dworkin para hablar de los derechos humanos, que como tales, una de sus características es la universalidad,

resultaría imposible intentar fundamentar los derechos humanos a partir de un sistema moral que no tuviera siquiera la característica de ser universalizable.

Es por ello que una vez deslindada la moral kantiana frente a la dworkiniana para hablar de la construcción de un concepto de derechos humanos, para lo cual procederé a hablar de cuestiones satelitales al concepto de derechos humanos para posteriormente proponerlo como tal.

Es pertinente comenzar por establecer la necesidad de un concepto de derechos humanos pues es evidente que ya existen muchos, sin embargo a pesar de la existencia de cientos de ellos, al carecer de defectos en la posibilidad de ser universalizables, simplemente engrosan la literatura de un ya manoseado concepto que al presentar constricciones o fallos internos imposibilita su praxis.

Existe una deficiencia teórica considerable en torno a los derechos humanos, esto gracias a que el abordaje de los derechos humanos se da invariablemente enfocado a un entorno y utilidad pragmática determinada, el establecimiento de relaciones internacionales, la resolución de conflictos judiciales, el establecimiento de una Constitución, la protección del Estado de Derecho, supeditándolos al propio sistema.

Sin que lo anterior se malinterprete me permito citar textualmente a Carlos Montemayor en una frase que precisamente resume los esfuerzos de teorizar

respecto de derechos humanos: “Nadie que estudie los derechos humanos puede pretender dar una solución definitiva a su problemática.” (Montemayor, 2002, 75 p.).

Así, la trivialidad de estas palabras se revela si se somete a un ligero análisis; es cierto que nadie puede dar soluciones definitivas a una problemática determinada, siendo completamente honestos ¿Qué teoría coherente puede garantizar, o siquiera, insinuar algo como eso respecto de cualquier objeto de estudio? Ninguna puede, absolutamente ninguna. Todas y cada una de las teorías que la ciencia produce no son otra cosa que un sistema de representaciones humanas lógicamente estructuradas de un objeto de estudio dado, ya sea real o abstracto, y por lo tanto, ninguna puede ofrecer soluciones definitivas a nada, pues ese no es su papel, resulta obvio que nadie haya logrado solucionar definitivamente los problemas en torno a los derechos humanos, nadie podría hacerlo, pero si se pueden postular bases sólidas para desarrollar y entenderlos integralmente.

El papel de una postura es ofrecer principios de procesamiento racional y lógico que guíen la construcción del conocimiento en torno al objeto de estudio dado, hablando concretamente de los derechos humanos, una organización conceptual y funcional de lo que son los derechos humanos, la cual permita una debida y coherente utilización de los conceptos y principios que se encuentran en esta para la producción de nuevo conocimiento y su posterior tránsito a la praxis, y no en sentido inverso, pues los resultados de un ejercicio con estas características, no se ven por

ningún lado, o mejor dicho, se ven dispersos, fragmentados, condicionados, por todos lados.

En un tiempo relativamente corto el concepto derechos humanos ha tomado una tremenda fuerza, si bien no es un concepto “nuevo”, pues data de la edad media y el renacimiento como tal, es hasta mediados del siglo pasado, después de las dos guerras mundiales que azotaron el mundo que se les empezó a dar un lugar privilegiado en la discusión, esencialmente en la discusión jurídica. Así en los años recientes, siglo XXI particularmente, no existe una discusión jurídica, una política pública a implementar, un dialogo internacional, en el cual no esté presente el concepto derechos humanos, ya sea directa o indirectamente, lo cual resulta aceptable, es decir, los derechos humanos, en esencia están presentes en cualquier comportamiento político del ser humano, sobre todo si se fundamentan en la moral.

Sin embargo, también es cierto que ante la velocidad de la expansión del concepto, de su inclusión en el entorno globalizado e internacional, pero a la vez situado y local, se omitió una parte fundamental de lo que son, definirlos; y no conforme con esta situación, ante la dificultad de definir los derechos humanos integralmente, pues es evidente tal como lo menciona Rosillo (2013) que el dogmatismo y el historicismo lo intentaron pero con resultados reduccionistas, aún más alejados de la naturaleza de los derechos humanos que su propia indefinición. Debido a ello se tomó una actitud de resignación y aceptación tácita de la imposición estatal que, como lo mencionan Estrada & Fernández (2014), aparte de lo anterior se otorga

automáticamente la facultad de modificar o excluirse de las propias obligaciones que él mismo se ha establecido frente al entorno internacional respecto de derechos humanos, quedando básicamente supeditados estos a un ejercicio del poder público constitucional “soberano” para hablar de derechos humanos de hacer girar las vidas de millones y millones de personas en torno a un concepto sin una definición lógicamente válida.

Evidentemente, de esta deficiencia, a manera de cadena, fueron surgiendo más y más, defectos teóricos en torno a los derechos humanos, su diseminación disciplinar los hizo, no solo una presencia jurídica, sino de muchas ciencias y no ciencias que los incorporaron en su episteme, asignándoles arbitrariamente principios de interpretación, principios de acción, de resolución de conflictos, los cuales irónicamente surgían de una mala implementación inicial de los derechos humanos, es decir, provocados por sus propios defectos conceptuales y teóricos en general a nivel sistemático, materializados en políticas públicas que provocan un desajuste social, el cual deberá ser resuelto por el Estado que como “protector” o “garante” de los derechos humanos debe aplicar un iudex que determine como la sociedad ha de tomar una vez más esta igualación deseada, tal como lo menciona Castañeda (2012), es decir, provocar para resolver, resolver para determinar, lo que está detrás de eso no son los derechos humanos, es el poder banal, y robusteciendo el defecto que ya de origen tenían, se les encasilló en una constitución, después en tratados internacionales, inclusive se dejaron al arbitrio de los jueces y de leyes orgánica

propias de un territorio, relativamente pequeño en comparación con el alcance que este concepto debería tener.

Así pues, en busca de una pretendida universalización, se optó por su tecnificación jurídica a partir de tratados internacionales, como el Pacto de San José de Costa Rica, La Declaración Universal de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, la misma Declaración Universal de los derechos humanos, que a su vez se desprenden de los organismos internacionales, figuras que los propios países, muchos de ellos en condiciones precarias, principalmente por un proceso de descolonización, y ante la incapacidad de regularse apropiadamente en su actuar, decidieron crear, imposibilitando teóricamente, por falta de fundamentos, y pragmáticamente, por las condiciones en las que se encuentran muchos países, a dar la oportunidad de emergencia de derechos humanos acorde al propio devenir social, limitándola a un proceso de reconocimiento internacional, como lo mencionan en Curtis, Hauser & Rodríguez (2005), que tal vez nunca llegue, y que de llegar, no beneficiara a quien debería esencialmente, para someterse una vez más a un concepto esencialmente vacío, o por lo menos sin un contenido coherente.

Esto, a su vez, ha supeditado la teorización y por ende la praxis a criterios estrictamente articulares y contingentes, la gran mayoría de ellos expresados en las leyes de un país en particular, se escudan en la soberanía nacional, los pueblos que en defensa de lo “propio”, de si propia Constitución y su propio Estado de Derecho, deciden exentarse de ese entendimiento, debido a que se identifican como el grupo

“elegido” y en virtud de ello adquieren la obligación de imponerse a todos aquellos que no lo son tal como lo dejan ver en Olvera, Olvera & Guerrero (2015), hablo de grupos sociales y países enteros, además de soslayar el hecho de que tanto la soberanía nacional, como lo “propio” representan ambas expresiones de los que los derechos humanos tutelan, que pugnan porque conceptos como esos y similares puedan coexistir sin la necesidad de contradicciones internas y posteriormente incoherencias externas.

La cadena sigue, estos últimos veinte años han resultado críticos en el ámbito de los derechos humanos, pues han representado el periodo de mayor avance en su difusión y promoción, pero al tiempo que se sustentan en bases pragmáticas, en su mayoría políticas o politiqueras, que no resultan suficientes al momento en el que los derechos humanos son puestos a prueba, pues como lo menciona Montemayor (2002) si condicionamos los derechos humanos a la imposición de un sistema político determinado, no podemos evitar soslayar la existencia de otros regímenes positivos y por lo tanto otros criterios neoconstitucionalistas como el dworkiniano, generando el rechazo de lo ajeno al considerarlo como un abuso de lo que esencialmente son los derechos humanos, por el propio devenir del ser humano, por su misma actividad regida en su mayoría por intereses poco o nada trascendentales, que aparte de todo, son comúnmente aceptados y conformados en sistemas de verdad, situados peligrosamente en un escalón más alto que aquellos que sí lo son, el resultado: el mundo en el que vivimos.

Ahora bien, el tema del ser humano, su naturaleza y esencia. Ambas están ligadas al hecho de que el ser humano se constituye como un animal racional, y es justo a eso a lo que se refiere Kant cuando habla de naturaleza, no a la naturaleza expresada por Santo Tomás de Aquino como algo etéreo, que está ahí en todos nosotros, algo semejante al alma, no, se trata pues de entendernos como lo que fácticamente somos y lo que nos hace distintos de otros animales, la palabra naturaleza tiene que ver con lo biológico y se concatena con la esencia que es la razón humana, la cual a su vez guarda una fuerte relación con la biología pues *naturaleza* del ser humano se refiere como lo menciona Gazzaniga (2010) a este animal dotado de un cerebro con ciertas características físicas y funcionales distintas a las de otros animales, particularmente a sus parientes más cercanos, los primates, pues cuentan con un cerebro que representa el 2% de su peso corporal, una corteza proporcionalmente más grande que el resto de los primates y funcionalmente más eficiente debido a la cantidad de conexiones que en esta se forman, y a su vez con una neocorteza encabezada por la corteza prefrontal, considerablemente desarrollada que le permite llevar a cabo una toma de decisiones más abierta, un procesamiento de emociones más profundo y , a su vez procesos racionales más complejos, que el resto de sus parientes más cercanos, esto representa lo que nos hace humanos, nuestra naturaleza y esencia a partir de la cual razonamos, conocemos el bien y lo procuramos.

Así pues, aquello que se considera universalmente deseable a partir de la moral kantiana es aquello que aunque sea distinto tiende a lo mismo, es decir, no son

conductas concretas, sino aquellas conductas que en el tiempo y lugar determinados en el que suceden procuran la naturaleza y esencia del ser humano, en eso consiste la bondad en procurarnos como seres humanos, la vida, la libertad, la autonomía de la voluntad, la razón, el cuidado del cuerpo, entre otras, es decir el sistema moral kantiano al no ordenar conductas concretas sino ofrecer herramientas de valoración de la actividad humana representa una posibilidad infinita de posibles conductas que pudieran ser consideradas moralmente buenas.

Luego, dentro de la estructura del sistema moral kantiano los modos, los principios, le dan contenido al imperativo categórico, representan de manera un poco más concreta la bondad, lo que es debido, justo ahí se relaciona con el Derecho, al fungir este como salvaguarda de lo que es debido cuando esto es llevado al ámbito político y producto de esa relación es que surgen los derechos humanos.

Si bien es cierto que en un inicio los derechos humanos surgen como facultades o garantías legales de mínimos necesarios para la supervivencia del ser humano, el impacto que estos tienen en la vida de los seres humanos y además la misma mezcla de la palabra derecho con la palabra humano abre un paradigma completamente nuevo y muchísimo más amplio que el derecho como derecho positivo y como ciencia, pues el derecho ya no se puede concebir como una facultad, pues eso hablaría de una ley positiva que la otorga y los derechos humanos superan los alcances de esta, de la palabra derecho se rescata la

exigibilidad de estas condiciones que posibiliten la vida humana en todas sus manifestaciones.

Lo anterior debido a que el ser humano no consiste solo en supervivencia, es decir, hablar de un derecho que le garantice la supervivencia no es lo mismo de hablar de una condición exigible que le posibilite el óptimo desarrollo de sus potencialidades, que le permita desenvolverse plena e integralmente de manera biológica y de manera racional con todas aquellas expresiones que vienen de la razón y que se manifiestan en el campo político, y trascienden el campo del derecho positivo en todas sus formas pues el Derecho como estandarización no es suficientemente amplio para abarcar e intentar estandarizar la totalidad de las expresiones y potencialidades humanas.

Si quisiéramos asignar una categoría moral a los derechos humanos sería en las maneras morales donde los derechos humanos toman parte como exigencias sin las cuales un ser humano no puede desarrollar su identidad plenamente como tal y dado que “la moralidad es la única manera posible de pensar nuestra libertad” (Fichte, 2005, p. 124), los derechos humanos deben responder a la moral, a su vez a la razón y, pues, como lo dice Kant (2014) la moral deriva de nuestra esencia racional y libre en ejercicio autónomo de nuestra voluntad.

Es por ello que propongo reconceptualizar los derechos humanos y ofrecer en ese ejercicio fundamentos coherentes capaces de ser llevados a la interdisciplina y a la

vida política del ser humano en general, más allá de las fronteras del derecho positivo, más cercano a lo humano del ser humano, este versaría como: *presupuestos exigibles necesarios del pleno desarrollo de la vida humana en cuanto a su naturaleza y esencia.*

Ese concepto puede ser analizado por partes. El hecho de ser presupuestos implica que son cosas que en todas las acciones de por y para la vida humana deben ser tomadas en cuenta como parte de las máximas de acción. La exigibilidad se da en torno a los individuos, a los grupos sociales, a las sociedades, a los Estados, a las leyes y desde luego a las constituciones, con las reservas guardadas a la posibilidad que tienen estos agentes de satisfacer uno y otro derecho humano. La relación de necesidad con el pleno desarrollo de la vida humana quiere decir que representan acciones concretas o generación de condiciones ineludibles para que la vida humana desenvuelva su potencial en todos los aspectos, en todo lo que implica precisamente vivir. Y la última parte representa el hecho de que la vida humana no está supeditada a intereses particulares, la vida humana coexiste con otras formas de vida, y en esencia debe tomar responsablemente el lugar y la diferencia que se tiene con el resto de los seres vivos, pues el resto de los seres vivos, los recursos, el ambiente, forman parte también de la vida del ser humano y en el caso de los seres vivos en particular, representa vida que coexiste con la nuestra y en tanto que vida con fines distintos a los que los humanos hemos escogido para las nuestras, deben ser procuradas también, pero no como derechos humanos, sino como otro

tipo de derechos que de desarrollar aquí, desbocaría las intenciones del presente esfuerzo.

Derechos humanos frente a derechos fundamentales. Un problema de máximos y mínimos.

No se piense bajo ninguna circunstancia que el hecho de la existencia de derechos humanos invalida a los derechos fundamentales, pues el cometer este error nos haría regresar a aquello de la “levitación”. Primeramente, hablar de la diferencia entre los derechos humanos y los derechos fundamentales parte precisamente de la diferencia de concepciones epistemológicas de, básicamente, y con muchas reservas guardadas, distintas expresiones y niveles de la misma cosa, lo cual podría ser asimilado a la luz de lo que menciona Cortina (2008) como máximos y mínimos morales.

Los derechos humanos como *presupuestos exigibles necesarios del pleno desarrollo de la vida humana en cuanto a su naturaleza y esencia*, amplísimos como lo son, representan lo universalmente deseable para que el ser humano pueda desarrollarse como tal, es decir, máximos.

Por otro lado, si queremos hablar de derechos fundamentales debemos trasladarnos de modelo teórico, relacionar el iusnaturalismo racional que da origen a lo anterior para ubicar esta categoría debidamente, y es el neoconstitucionalismo

de Ronald Dworkin el que ofrece la más sostenible de las oportunidades al respecto. En este punto es necesario volver a aclarar al lector que la crítica que se realiza al neoconstitucionalismo dworkiniano es en virtud de su ineficacia para conceptualizar y teorizar en el ámbito de los derechos humanos, pero como fue aclarado anteriormente el punto fuerte de esta teoría representa su incuestionable capacidad en el área de los derechos fundamentales, es decir, la concatenación de un concepto universalizable de derechos humanos con bases morales, particularmente desde la moral kantiana, con un sistema de acción jurisdiccional, legal y constitucional en donde la constitución se encuentre abierta a un dialogo con los derechos humanos antes citados, resultaría un progreso tremendo en el sentido de que la constitución dejaría su lugar "supremo" y se volviera dinámica y el Estado de Derecho y los organismos internacionales se volvieran protectores de los seres humanos, construcciones resultado de la universalización de los derechos humanos se crearía una manera distinta de coexistir y una concepción completamente distinta del Derecho.

Con las relaciones conceptuales y los elementos de praxis que, como ya hemos mencionado anteriormente, puede ofrecer el neoconstitucionalismo dworkiniano podríamos llegar a entender a los derechos fundamentales como mínimos en esta relación antes establecida, pues representarían aquello que los Estados alcanzan a incluir en sus constituciones en la medida de sus posibilidades, sin embargo el hecho de que representaren mínimos, no legitimaría a los Estados y a sus constituciones a ser herméticos en la posible inclusión de nuevos derechos

humanos a su catálogo y por ende a su guarda, es decir, se parte de la idea que el gran catálogo de derechos humanos es aprehendido por el Estado en su texto constitucional, pues del catálogo escoge aquellos que en aras del interés general y su armonía con el individual considera le son prioritarios, esto debido a que un sistema estatal no es tan dinámico como el cambio en las condiciones del entorno que pueden hacer que la vida del ser humano se pueda desarrollar libremente y de la cual surgen los derechos humanos de la manera antes descrita, pero una vez concluida esta etapa, el Estado debe estar en constante acción para tratar de acercar esos mínimos a los máximos, y con Estado no me refiero únicamente a la institucionalidad, sino también a todos aquellos individuos y grupos que lo integran.

Es por ello que se realizó la aseveración cautelosa del inicio de este subcapítulo, cuando hablamos de derechos fundamentales hablamos de derechos humanos llevados al texto constitucional o a los tratados internacionales, los cuales funcionarían de manera descriptiva en torno al Estado de Derecho y su situación actual, pero no de manera restrictiva interrumpiendo el lugar de la vida humana y sustituyéndola por la supremacía constitucional, o el Estado democrático de Derecho, derechos humanos y fundamentales podrían ser dos expresiones de la misma cosa.

Capítulo III

Hacia un concepto Moral de los derechos humanos en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El sistema moral kantiano como fundamento de los derechos humanos en el México del siglo XXI. Implicaciones de teoría y praxis.

Fue abordado anteriormente el tema de los requisitos para que un sistema moral pudiera ser universalizado en general, y hablamos también al respecto de la aplicación de dichos criterios al sistema moral kantiano, eso establece su universalizabilidad, es decir, su capacidad de poder ser llevada al carácter de universal.

En Kant, el siguiente paso, la universalidad del sistema moral, se da en virtud precisamente de su fundamentación, es decir, porque representa lo que es capaz de ser universalmente deseable y el papel del individuo para racionalizarlo es fundamental, sin embargo este problema es abordado por Apel y Habermas quienes intentan como lo dice Cortina (2008) sustituir en la universalización del sistema el papel del individuo y transformarla en una ética discursiva, sin embargo esto generaría un problema similar al del neoconstitucionalismo en la coherencia interna del sistema moral, terminaría por relativizarlo.

No debemos olvidar que una vez que el sistema moral es lo suficientemente coherente de manera interna, este se legitima para ser vertido en la sociedad, someterse a consideración de la sociedad en la construcción de la verdad que esta ha asumido después del fracaso anteriormente mencionado, es decir, se incluye en la construcción de la verdad objetiva consistente en la correspondencia socialmente determinada entre un conocimiento y la cosa a la que refiere, esto se reflejaría no en los fundamentos de la moral, sino en el contenido factico de ella, se haría universal comunicativamente en las maneras concretas de ser bueno, pero sin perder de vista la naturaleza y esencia del ser humano y el imperativo categórico, y con ello los derechos humanos estarían en constante disputa buscando aquel que pueda procurar que la vida humana se viva plenamente, la disputa se traslada a las maneras, no a las formas.

Así la teoría de la acción comunicativa de Habermas (2014) nos ofrece una estructura plausible de comunicación, que le permita al ser humano salir de su propia mente e integrarse cognitivamente al entorno social, y la base de esta comunicación es el lenguaje, entendido este como un conjunto de signos que se utilizan para la comunicación de un conocimiento, sentimiento o pensamiento. Es debido a que existe el lenguaje que se abre la posibilidad de que de que el ser humano pueda proyectar a la comunidad algo que antes solo residía en su mente.

Es también gracias al lenguaje que puede darse la comunicación entendida, no solo como el intercambio de conocimientos y pensamientos, sino como la práctica del entendimiento como tal, lo cual genera que la comunicación no sea solamente interacción, sino un punto de encuentro de conocimientos en donde los participantes de la acción comunicativa puedan llegar a un consenso producto de la comprensión mutua, para lo cual son necesarias como condiciones de posibilidad para ello, las pre concesiones intersubjetivas de la comunicación, en las cuales encontramos dos tipos, las pretensiones de validez que sirven para que en este proceso el conocimiento que sea vertido resulte plausible de ser acogido por la comunidad: la pretensión de verdad, que representa el hecho de que lo que sea vertido tenga pretensiones de corresponder con la facticidad, es decir procurar la vida plena del ser humano, la pretensión de eticidad, en donde lo que se vierte tienda a lo moralmente bueno y la pretensión de veracidad, en donde se procura que lo que se dice sea honesto, es decir que efectivamente pueda verse su reflejo en el mejoramiento de la vida del ser humano, y por otro lado encontramos las idealizaciones como herramientas indispensables para que la acción comunicativa pueda llevarse a cabo, que son mínimo dos participantes en condiciones de igualdad, una misma nomenclatura, la aceptación de la autonomía del otro y la disposición para comprometerse y cumplir, situación en la que el Estado de Derecho y la Constitución tendrían que asumir un rol importantísimo, si las teorías se relacionan como en párrafos pasados se establecía.

Esto generaría una efectiva acción comunicativa, la cual pueda llevar al consenso y con ello al establecimiento de la verdad objetivamente construida que refleje las mejores maneras en las cuales las sociedades buscan la plenitud de la vida humana, como producto precisamente de esa aceptación social de ese conocimiento como correspondiente a la cosa de la que es materia.

Es así que se podría hacer un traslado efectivo y sostenible entre la teoría y la praxis que en términos de Kant (2012a) se lleve a cabo una acción consecuente con los principios que rigen su teoría, lo cual pueda generar efectivamente praxis, frente a la imperante necesidad de universalizar un sistema moral coherente, como lo señala Cortina (2008) y que a su vez cumpla con su papel de “aportación crítica” (Habermas 2012, p. 297) de su propia teoría, se mantenga dinámica en torno a la comunicación y manteniendo sus principios teóricos.

He ahí precisamente la importancia de la argumentación y el lenguaje en el proceso, sin lenguaje no podría existir una acción comunicativa en donde la argumentación pueda jugar el papel decisivo que tiene dentro de un verdadero concepto, es decir, no puede llegar a haber una verdadera práctica del entendimiento si los argumentos que sostienen aquel conocimiento que ha sido vertido en la discusión carecen de coherencia y por lo tanto de fuerza, si un conocimiento no cuenta con las herramientas necesarias para ser confrontado con otro, simplemente se pierde en esta construcción social de la verdad debido a que carece de una cadena de

razonamiento que demuestre convenza o seduzca de que la correspondencia que este guarda con la cosa es más efectiva que la del conocimiento con el que es confrontado y se valide así como verdad por la comunidad en la que fue construido.

Aunado a ello, el papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como el tribunal judicial de más alto rango en México, y por lo tanto, teórica y prácticamente con incidencia legal en la vida de millones de personas, para resolver y decidir acerca de los conflictos más importantes que como sociedad tenemos representa un punto crucial para situar este conocimiento a la situación que vive México hoy en día.

Por lo tanto el deber de una entidad con esas características es que esas decisiones sean apegadas no solamente a la ley, sino al ser humano, a lo moral. Es así que un tema respecto de esas decisiones, tal vez el más trascendente de ellos son los derechos humanos.

Los derechos humanos representan un patrimonio holístico de todo ser humano, son aquellos principios que establecen condiciones de vida sin las cuales los seres humanos no pueden realizarse plenamente como tal. Es responsabilidad de cualquier Estado *bueno* como lo menciona Kant (2012a) protegerlos, respetarlos, garantizarlos y promoverlos. De estas obligaciones, protegerlos y garantizarlos van de la mano, tan unidas que no existe una sin la otra pues los Estados deben realizar todas las acciones que sean necesarias y pertinentes para llevarlas a cabo.

Es en función de esto y de la importancia que representan los derechos humanos, que el Estado como ente gobernante en una sociedad adquiere ciertas responsabilidades respecto de los derechos humanos, responsabilidades imperantes e ineludibles, las cuales en el caso de México se encuentran plasmadas en el Artículo Primero párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y establece obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar.

Estas obligaciones imponen al Estado mexicano la carga de, por un lado, abstenerse de realizar actos que vulneren u obstaculicen derechos humanos y por el otro realizar todos los ajustes y tomar todas las medidas pertinentes y necesarias con el mismo fin, es decir, siempre procurar su cumplimiento.

Pero estos deberes son tan importantes que trascienden la esfera nacional y se colocan en el ámbito internacional y aún más allá del ámbito puramente legal y político, también en el moral, con igual o mayor importancia, lo cual históricamente ha sido ignorado, reemplazado por el poder, los intereses que dominan la legislación y positivización de falsos principios, que han dejado ver sus consecuencias en todos estos años, así como lo señala Avendaño (2014), el discurso como representación el lenguaje manejado por la Suprema Corte se legitima en la ley que a su vez se legitima en lo nacionalmente aceptado, por consecuencia es un discurso político, eminentemente de poder.

Y aunque la situación sea complicada en extremo y aunque “no hay registro alguno de una civilización que replantee sus valores (o, en nuestro caso, falta de ellos) y que con ello altere su trayectoria” (Berman, 2011, p. 153), no podemos tomar una postura de falsa conciencia y pensar que no se pueden hacer las cosas pues tal como lo señala Kant (2013), y contrario a lo que se piensa usualmente, la moralidad no es una utopía fuera de la realidad posible, debe ser una meta.

Dentro de todo ello hay una realidad que no debemos olvidar y es que en México la violación sistemática de derechos humanos es un problema del día a día, Tlatelolco (1968), Atenco (2006), Tlatlaya (2014), Ayotzinapa (2014) y Tanhuato (2015), son solo algunos de los ejemplos más relevantes y de mayor impacto en la sociedad Mexicana, y son casos como estos y muchos más que se desarrollan a lo largo y ancho de la República, la impunidad respecto de ellos y la indiferencia de las autoridades, lo que ha generado una enorme desconfianza de la sociedad en sus autoridades e instituciones, un sentimiento que orilla a confundir la justicia con venganza, y con toda la razón si ni siquiera se tiene claro que son los derechos humanos.

Aunado a lo anterior, el concepto de derechos humanos que ostenta a Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus resoluciones, al carecer de sentido moral provoca que esta decida sobre los derechos humanos de las personas sin tener idea acerca de lo que estos esencialmente son, distorsionando así su juicio y resultando en que en lugar de protegerlos, los maneje a placer como si fuesen sólo

letra escrita, sobre la cual creen ejercer el cierto poder en virtud del estatus en el que se encuentran, consecuentemente el máximo tribunal del país toma sus decisiones a ciegas cuando debería estar dirigido a proteger primeramente los derechos humanos, primeramente a las personas, un concepto coherente de derechos humanos, posibilitaría a la SCJN para ofrecer como cabeza de uno de los Poderes del Estado, más certeza jurídica, evitar contradicciones en las decisiones, dejar de utilizar los llamados “conceptos bisagra”, lo que redundaría en un incremento generalizado de seguridad jurídica que pueda coadyuvar al desarrollo pleno de la vida humana en coexistencia con su entorno.

Así pues, la violación sistemática de los derechos humanos no únicamente se da con armas, sino también con plumas sin una guía bien informada, actualizada, clarificante y justa. Decidir sobre la vida de millones de personas en base a criterios con fundamentos difusos es tan dañino para la sociedad como cualquier matanza, las violaciones de derechos humanos son todas ellas repudiables e igualmente injustificables, pero se puede actualizar dicho criterio, se puede entender lo que los derechos humanos son, si podemos dejar fuera la politiquería de la acción estatal.

Conclusión

El neoconstitucionalismo y la democracia efectiva de protección de derechos que propugna tiene límites que restringen al propio ser humano, y en la medida en que el modelo teórico no pueda reconocerlos esa democracia efectiva de derechos, se queda en una democracia efectiva de prerrogativas otorgadas y garantizadas en base a criterios que las constituciones deben recoger por tener el papel “supremo” que tienen y el objetivo de establecer las mejores condiciones para aquellas personas que se encuentran sujetas a ellas se pierde.

Ahora bien, si tomamos en cuenta lo anteriormente dicho, al llevar los derechos humanos más hacia la moral y llevarlos, no a la esfera de los ciudadanos únicamente, sino a la de los seres humanos vivos y racionales, entra en juego una vez más un problema de criterios. Esta cuestión respecto del ser humano como ese sujeto titular de los derechos humanos universales, suena bien hasta ahí. Sin embargo ¿Qué sujetos son titulares de derechos? ¿De qué derechos? ¿En la misma medida? ¿Son iguales o diferentes entre sí? ¿O lo son los derechos que no se les aplican y entonces dejan de ser universales? Y la respuesta a esto está, en la norma, ni en el Estado de Derecho, sino en el propio ser humano.

Desde hace muchos años la palabra “naturaleza” casaba cierto aire de incertidumbre al entenderse como una sustancia etérea sin reflejo en la facticidad. Lo cierto es que el tiempo ha pasado y hoy la realidad se nos presenta con la

oportunidad de reconceptualizar algunos términos, de centrarnos en los seres humanos y en la vida como parte fundamental del actuar político, pero no dejar de lado el fuerte progreso que el derecho ha obtenido a partir del positivismo y que hoy se manifiesta en el neoconstitucionalismo de Dworkin, porque no se trata de vivir en el mundo etéreo donde todo sale bien y nada pasa, donde todos cumplen con sus deberes y todos son felices, se trata de entender que la realidad es compleja, que las relaciones políticas son complejas y que si en algún determinado momento la sistematización en pos de la seguridad nos llegó a representar tranquilidad y certeza, es momento de entender que la sistematización ayuda y es efectiva en la medida en la que existe una teoría coherente que la respalde.

El sistema moral kantiano se presenta como una alternativa que concatenada con la acción comunicativa Habermasiana, pueden fungir como una solución de propuesta frente a la incertidumbre que representa hablar de moral y hablar de derechos humanos, es necesario salir del engaño de la imposibilidad de la definición de los derechos humanos, de la imposibilidad de teorizar respecto de ellos debido a su alcance, y es momento de pensar y de ser necesario repensar en soluciones.

Por ultimo me parece que la hipótesis planteada para el trabajo se corrobora, pero es necesario hacer patente el hecho de que como muchas otras construcciones teóricas, forma parte de un constante dialogo de discursos y por ello no puedo asegurar que lo que aquí se ha escrito sea mejor o peor que otras propuestas, pero si puedo asegurar que este trabajo no tropieza consigo mismo, y es por ello que

considero que lo dicho aquí tiene plausibilidad de formar parte de la disputa actual de los derechos humanos como una solución que nos permita dar un paso más en el tema de la respuesta a la pregunta ¿Qué son los derechos humanos?

Bibliografía consultada y referencias

1. Aguilera, R. (2011). *Neoconstitucionalismo democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*. México. Porrúa.
2. Albers, M., Hoffmann, T. & Reinhardt, J. (2014). *Human rights and Human Nature*. Estados Unidos de América. Spriger.
3. Avendaño, L. (2014). *La dogmática de los derechos fundamentales en el siglo XXI. Un estudio al discurso reciente a cargo de la Suprema Corte de justicia de la Nación*. México. Universidad Autónoma de Querétaro.
4. Berman, M. (2011). *Cuestión de valores*. México. Sexto piso.
5. Beuchot, M. (2011). *Derechos humanos. Historia y filosofía*. México. Fontamara.
6. Beuchot, M. (2014). *Filosofía y derechos humanos*. México. Siglo veintiuno.
7. Bourdieu, P., Chambordeon, J. & Passeron J. (2013). *El oficio de sociólogo. Presupuestos epistemológicos*. México. Siglo veintiuno editores.
8. Carbonell, M. & Salazar, P. (coord.). (2014). *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México. Porrúa.
9. Carbonell, M. (2015). *El abc de los Derechos Humanos y el control de convencionalidad*. México. Porrúa.
10. Castañeda, D. (2012). *Hacia una nueva filosofía de la jurisprudencia*. México; Porrúa.
11. Corradetti, C. (2012). *Philosophical Dimensions of Human Rights*. Estados Unidos de América. Spriger.

12. Cortina, A. & Martínez E. (2008). *Ética*. España. Ediciones Akal.
13. Courtis, C. (2006) Observar la ley. *Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. España. Editorial Trotta.
14. Courtis, C., Hauser, D. & Rodríguez, G. (Coord.). (2005). *Protección internacional de los derechos humanos. Nuevos desafíos*. México. Porrúa e ITAM.
15. Dworkin R. (2016). *Justicia para erizos*. México. Fondo de Cultura Económica.
16. Dworkin, R. (1993). *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona. Paidós.
17. Dworkin, R. (2008). *El imperio de la justicia*. España. Gedisa.
18. Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. España. Ariel.
19. Dworkin, R. (2017). *Una cuestión de principios*. Argentina. Siglo veintiuno editores.
20. Estrada, G. & Fernández, C. (Coord.). (2014). *Derecho internacional de los derechos humanos*. México. Porrúa.
21. Fichte, J. (2005). *Ética*. España. Ediciones Akal.
22. Fix-Zamudio, H., Carpizo, J., Alfonso, A., De Dienheim, C., Vallefín, C., Urquiza, H., Ricalde, J., González, J., Cabrera, M., (2007). *Protección internacional de los Derechos Humanos*. Argentina. Liberia editora platense.
23. Follesdall, A. (2005). *Real World Justice*. Holanda. Springer.
24. Garzón, E. (2008). *Derecho y Filosofía*. México. Fontamara.
25. Gazzaniga, M. (2010). *¿Qué nos hace humanos?* España. Paidós
26. Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez*. España. Trotta.
27. Habermas, J. (2012). *Teoría y praxis*. España. Tecnos.

28. Habermas, J. (2014). *Teoría de la acción comunicativa*. España. Trotta.
29. Islas, A., & Sánchez, J. (Coord.). *Derechos humanos frente a una sociedad globalizada*. México. Porrúa.
30. Kant, I. (2011). *Crítica del Juicio*. España. Tecnos.
31. Kant, I. (2012). *La metafísica de las costumbres*. España, Tecnos.
32. Kant, I. (2012a). *Teoría y praxis*. Argentina. Leviatán.
33. Kant, I. (2013). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. México. Porrúa.
34. Kant, I. (2013a). *Crítica de la razón práctica*. México. Porrúa.
35. Kant, I. (2014). *Crítica de la razón pura*. España. Gredos.
36. Keferstein, L. (2008). *Kant o la moral incomprendida*. En Arellano, J. (Coord.). *Perspectivas y problemas contemporáneos de la Ética y la Bioética*. México. Universidad Autónoma de Querétaro.
37. Mardones, J. & Ursua, N. (2010). *Filosofía de las ciencias humanas y sociales*. México. Ediciones Coyoacán.
38. Mendivil, J. (2004). *Ética y contingencia*. México. Universidad de Guanajuato.
39. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Pleno). Tesis. P./J. 20/2014 (10a.) de 28 de abril.
40. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Pleno). Tesis. P./J. 22/2014 (10a.) de 28 de abril.
41. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Pleno). Tesis. P. XVI/2015 (10a.) de 25 de septiembre.

42. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación (Segunda Sala). Tesis. 2a./J. 3/2014 (10a.) de 10 de febrero.
43. Montemayor, C. (2002). *La unificación conceptual de los derechos humanos*. México, Porrúa.
44. Ollero, A. (2007). *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*. Mexico. UNAM.
45. Olvera, J., Olvera, J. & Guerrero, A. (Coord.). (2015). *Derechos humanos y genealogía de la dignidad en América Latina*. México. Miguel Ángel Porrúa.
46. Plazas, M. (2004). *Kant. El Newton de la moral y del derecho*. Colombia Temis.
47. Prieto, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. España. Trotta.
48. Prieto, L. (2014). *Neoconstitucionalismo principios y ponderación*. México. Ubijus.
49. Rodríguez, C. (2011) *El derecho en américa latina. Un mapa del pensamiento jurídico del siglo XXI*. Argentina. Siglo veintiuno editores.
50. Rosillo, A. (2013). *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*. México. Itaca.
51. Sartori, G. (2015). *La política. Lógica y método de las ciencias sociales*. México. Fondo de Cultura Económica.
52. Soberanes, J. & Soberanes, J. (2016). *Los derechos humanos en el orden jurídico mexicano en la Constitución política de México y en los tratados internacionales*. México. Miguel Ángel Porrúa.

53. Suprema Corte de Justicia de la Nación. (s.f.). *DERECHOS*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado de <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/derechos>.
54. Terán, J. (2007). *Filosofía del Derecho*. México. Porrúa.
55. Vázquez, R. (2016). *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. México. UNAM, ITAM, IJ UNAM Y EAD.
56. Vigo, R. (2016). *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*. México. Porrúa
57. Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. España. Trotta.
58. Zemelman, H. (2009). *Uso crítico de la teoría. En torno a las funciones analíticas de la totalidad*. México. IPN.
59. Zemelman, H. (2012). *Los horizontes de la razón. I. Dialéctica y apropiación del presente*. España. Anthropos.