

LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE NECESIDAD
MORAL Y CONTINGENCIA SOCIAL
(Un ensayo de sociología jurídica)*

A Jorge Madrazo

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Breve caracterización sociológica de los derechos humanos*. III. *Derechos humanos, instituciones jurídicas y legitimidad*. IV. *Reflexiones finales*.

I. PLANTEAMIENTO

1. Es función primordial de la ciencia jurídica desentrañar el sentido y alcance de las normas contenidas en los textos jurídicos. A partir del texto, el jurista examina sus posibles implicaciones jurídicas, de acuerdo con los principios y métodos de interpretación que considere relevantes. En este sentido, se adelanta a la ocurrencia de los casos concretos que puedan subsumirse en la norma y prepara el terreno para la innovación jurídica mediante el análisis de las ventajas y los inconvenientes previsibles de las distintas soluciones.¹

Sin embargo, para que no se dé en un vacío formalista, esta reflexión debe tener un referente social real que, al sobrepasar un "umbral de relevancia", se convierta en motor y orientador de la discusión jurídica. Si bien el derecho pretende regular toda situación social y ofrecer una respuesta a cualquier posible problema que sea jurídicamente relevante, no todo conflicto social se plantea como controversia jurídica ni se canaliza necesariamente hacia las instituciones del derecho.² Dicho en otras palabras: el derecho no controla

* Este trabajo se benefició de los comentarios y sugerencias de Jacqueline Martínez Uriarte y Sergio López Ayllón.

1 Cfr. Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1984, especialmente las pp. 21 y ss.

2 Por ejemplo, Gessner, Volkmar, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, trad. de Renate Marsiske, México, UNAM, 1986, 247 pp., analiza el surgimiento de los conflictos sociales de la vida diaria y las probabilidades de que se lleven ante las instancias jurídicas.

las condiciones de naturaleza política, económica, cultural o inclusive psicológica, que determinan la relevancia de un problema y su solución en el ámbito jurídico,³ y los juristas no siempre tienen conciencia clara de este hecho.⁴

2. Un ejemplo servirá para ilustrar lo dicho. Si la policía detiene a un ciudadano por considerarlo presunto delincuente, lo golpea y mediante malos tratos lo obliga a hacer una declaración, será evidente para el jurista (y, en general, para casi cualquier persona) que ahí ha habido una violación de derechos humanos y, concomitantemente, tanto de los artículos de la Constitución como de los convenios internacionales que garantizan, por ejemplo, la integridad de la persona y el derecho a no inculparse. Pero de esto no se deduce que el hecho adquiera relevancia jurídica en estos términos. Las alternativas de reacción al hecho y de observación del mismo son múltiples, incluyendo la perspectiva de los agresores.

Así, por ejemplo, la víctima puede no tener conciencia plena de la idea de los "derechos humanos" y, por consiguiente, no saber interpretar el hecho como violación a estos derechos, sino como prerrogativa de la policía o como fatalidad de la existencia. O bien, convencida de la inutilidad de la protesta y de la queja, debido quizá a la desconfianza hacia las instituciones públicas, le bastarán las simpatías y la comprensión de sus allegados para alcanzar justificación. Por último, es posible que considere que su situación individual es reflejo de un problema colectivo más amplio; que la única respuesta eficaz sólo puede ser de tipo político y que para ello cabe aprovechar la capacidad de presión y movilización de los partidos y de otras or-

³ Este sería uno de los postulados esenciales de la sociología del derecho como disciplina que estudia las condiciones de la relevancia y el funcionamiento sociales del derecho. Entre una vasta bibliografía, véanse, por ejemplo, Blankenburg, Erhard, "Mobilisierung von Recht. Über die Wahrscheinlichkeit des Gangs zum Gericht, die Chance des Erfolgs und die daraus folgenden Funktionen der Justiz" ("Movilización del derecho. Sobre la probabilidad del recurso a un tribunal, del éxito y de las funciones correspondientes de la justicia", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Opladen, vol. 1, núm. 1, 1980, pp. 33-64; Sarat, Austin y Grossman, Joel B., "Courts and Conflict Resolution: Problems in the Mobilization of Adjudication", *American Political Science Review*, vol. 69, 1975, pp. 1200-1217.

⁴ Una de las funciones de la sociología del derecho consiste precisamente en propiciar el "reencuentro" del jurista con la realidad. Véase Márquez Piñero, Rafael, *Sociología jurídica*, México, Trillas, 1992, p. 86. Se entiende, desde luego, que la sociología del derecho no puede "dictarle" soluciones al jurista.

ganizaciones sociales. Ninguna de estas posibilidades de reacción implica necesariamente la intervención de las instancias del derecho.⁵

3. Este breve ensayo pretende mostrar, a partir de dos ejemplos concretos tomados de culturas jurídicas diferentes,⁶ (*infra*, III.) de qué modo se plantea una demanda social en términos de derechos humanos, bajo cuáles condiciones tiene repercusión en el mundo jurídico, y cuál es su vinculación con la legitimidad, o ausencia de ella, de las instituciones del Estado. Antes de exponer ambos casos y de formular algunas reflexiones finales (*infra*, IV), que buscarán relacionar y sintetizar los elementos ya expuestos, resulta conveniente hacer una breve caracterización sociológica de los derechos humanos (*infra*, II).

II. BREVE CARACTERIZACIÓN SOCIOLÓGICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Los derechos son una clase de pretensiones dotadas de una fuerza y legitimidad sociales particulares. Mientras los intereses pueden ser, en términos generales, objeto de negociación y compromiso, los derechos deben ser respetados sin condiciones,⁷ y en el caso de los derechos humanos se refuerza esta cualidad, pues se trata de valores con pretensiones de universalidad y de las demandas sociales más fundamentales.

5 Existen varios estudios empíricos sobre las etapas del surgimiento, reconocimiento y transformación de las experiencias agraviantes, antes de su planteamiento como conflictos ante las instituciones jurídicas formales. Véanse, por ejemplo, los ensayos de Felstiner, William L. F., Abel, Richard L. y Sarat, Austin; "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming..."; y de Mather, Lynn e Yngvesson, Barbara, "Language, Audience, and the Transformation of Disputes", ambos en *Law and Society Review*, Denver, vol. 15, núms. 3-4, 1980-81, pp. 631-654 y 775-821, respectivamente.

6 La cultura jurídica puede definirse como el conjunto de ideas, actitudes y opiniones sobre el derecho y sobre el funcionamiento de las instituciones jurídicas. La cultura jurídica regula y determina cuándo, cómo y por qué los individuos o los grupos acuden al derecho o se apartan de él, y es, en cierto modo, la clave de su efectividad. Cfr. Friedman, Lawrence M., *The Legal System. A Social Science Perspective*; New York, Russell Sage Foundation, 1975, pp. 193 y ss. Por supuesto, se puede defender el argumento contrario, de que son razones institucionales, más que culturales, las que influyen en los comportamientos hacia las propias instituciones. En relación con la obediencia a las leyes y la vigencia de la legalidad en nuestro país, desde la perspectiva histórica, véase un planteamiento en tal sentido en el capítulo V de CIDAC, *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México*, México, CIDAC-Cal y Arena, 1994, pp. 135-174 ("La obediencia a las leyes, las instituciones y el carácter del mexicano").

7 Friedman, *op. cit.*, *supra* nota 6, pp. 225 y ss., quien retoma una distinción clásica de Vilhelm Aubert ("Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and of Conflict Resolution", *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 7, 1963, pp. 26 y ss.).

El fenómeno contemporáneo de los derechos humanos⁸ se caracteriza precisamente por la movilización de toda clase de actores, grupos y organizaciones sociales,⁹ que han encontrado en la idea de los derechos humanos el vehículo apropiado para exigir el *reconocimiento*¹⁰ y la institucionalización de pretensiones propias y ajenas. Esto se traduce en la *multiplicación* y ampliación de los derechos,¹¹ lo cual es favorecido por su *estructura asimétrica y no recíproca*.¹² Sin embargo,

8 Sobre la problemática filosófica del "fenómeno de los derechos humanos": Rabbiosi, Eduardo, "El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico", en Sobrevilla, David (comp.), *El derecho, la política y la ética* (Actas del II Coloquio Alemán-Latinoamericano de Filosofía, Lima, 1987), México, Siglo XXI-UNAM, 1991, pp. 198-221.

9 Aunque existen muchos grupos sociales (mujeres, trabajadores, campesinos, ancianos) que formulan y defienden sus pretensiones en términos de derechos humanos (se trata muchas veces de demandas antiguas en nuevo ropaje), nos referimos aquí principalmente a los llamados "organismos no gubernamentales" u ONGs, tanto nacionales como internacionales, sin los cuales no es posible entender el panorama actual de los derechos humanos.

10 Reconocimiento que, evidentemente, conlleva el de los sujetos mismos que lo exigen. Sobre la importancia de la lucha por el reconocimiento, véase Fukuyama, Francis, *El fin de la historia y el último hombre*, trad. de P. Elías, México, Planeta, 1992, pp. 205 y ss., quien, siguiendo a Hegel y a su interpretación por Alexander Kojève, postula que el reconocimiento del individuo por los demás (a la vez como igual y como superior) es lo que hace al ser humano tal, y que ese reconocimiento se universaliza en la sociedad liberal moderna. En un sentido similar, Touraine, Alain, *Crítica de la modernidad*, trad. de Mauro Armíño, Madrid, Ediciones Temas de Hoy, 1993, para quien el segundo componente fundamental de la modernidad, además de la racionalización científico-económica, es el reconocimiento del Sujeto. La conexión sociológica con el tema de los derechos humanos es más que evidente.

11 Bobbio, Norberto, "Diritti dell'uomo e società", *Sociología del diritto*, Milano, vol. XVI, núm. 1 (dedicado a la sociología de los derechos humanos), 1989, pp. 15-27, argumenta que la multiplicación por especificación se ha producido de tres formas: por aumento de los bienes considerados dignos de protección; por extensión de la titularidad a sujetos distintos del individuo; por no considerarse ya al ser humano como ente genérico o abstracto, sino en su manera concreta y específica de ser en la sociedad. Sobre el significado de este último aspecto, Renato Treves ("Diritti umani e sociologia del diritto", *loc. cit.*, pp. 7-14) se pregunta si la multiplicación es un intento de defender a la personalidad humana que corre el riesgo de ser fraccionada y dividida respecto de las posiciones que ocupa, o bien, si se trata de una renuncia a esta defensa y de la aceptación de la crisis del Estado social, con la consiguiente subdivisión de la sociedad en sectores donde el individuo no vale como tal sino en cuanto a la función que desempeña.

12 Es decir, que no implican reciprocidad de prestaciones en una misma relación jurídica (derecho-obligación). Véase Luhmann, Niklas, "Zur Funktion der 'subjektiven Rechte'" ("Sobre la función de los derechos subjetivos"), *idem, Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt A. M., Suhrkamp, 1981, pp. 360-373. Precisamente la reciprocidad de prestaciones, la justicia interna de la relación jurídica, es una de las características del sistema de "libertades concretas" de la Edad Media. Véase Montoro Ballesteros, Alberto, "Raíces medievales de la protección de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 6, 1990, pp. 87 y ss.

la capacidad de reconocimiento y atención de las instituciones hacia las demandas sociales es limitada por lo que no es posible satisfacerlas todas simultáneamente.¹³ Puede darse entonces la consecuencia paradójica de que las instituciones pierdan legitimidad a causa del fundamento último de esta misma legitimidad, que son los derechos humanos.¹⁴

2. Un proceso similar al ocurrido dentro de los estados nacionales se ha producido con la *internacionalización* de los derechos humanos. Las razones de este proceso son múltiples y complejas.¹⁵ Su efecto ha sido, por un lado, la creación de instrumentos e instituciones jurídicas para complementar y reforzar la protección interna de estos derechos. Por el otro, los derechos humanos se han convertido en una pieza de la política y las relaciones internacionales, como elemento de movilización de la comunidad internacional y como parámetro de escrutinio de la actuación de estados y gobiernos. En ambos casos se produce una interacción constante entre el plano internacional y el nacional, en la que este último se ve mediatizado y relativizado, incluso respecto de las relaciones puramente internas. En otras palabras, las expectativas de los actores externos pasan a formar parte del juego de expectativas de los actores internos y esto ocurre a menudo cuando estos últimos saltan al plano internacional, para desde ahí tratar de influir en los acontecimientos internos, sobre todo cuando no encuentran ahí satisfacción plena a sus demandas. La multiplicación y especificación de los derechos, el reconocimiento de nuevos sujetos, ocurre igualmente en el plano internacional.¹⁶

¹³ Cfr. Friedman, *op. cit.*, *supra* nota 6, pp. 230 y ss. Se produce así un fenómeno similar al de la inflación de la moneda en la economía.

¹⁴ Esto no es sino efecto necesario de la multiplicación de los conflictos entre derechos, y de la necesidad de sacrificar unos en favor de otros. Pero "[l]a naturaleza tendencialmente absoluta del derecho reivindicado hace que sea difícilmente aceptado un sacrificio impuesto desde arriba, incluso aunque sea con un método democrático". Ferrari, Vincenzo, "Europa ante los derechos del hombre", trad. de Andrea Greppi, *Derechos y libertades*, Madrid, año 1, núm. 1, febrero-octubre de 1993, p. 123.

¹⁵ Véase, por ejemplo, Casese, Antonio, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, trad. de Atilio Pentimalli Malacrino y Blanca Ribera de Madariaga, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 17 y ss.

¹⁶ Véase, por ejemplo, Zieck, Marjoleine Y. A., "The Concept of 'Generations' of Human Rights and the Right to Benefit from the Common Heritage of Mankind with Reference to Extraterrestrial Realms", *Verfassung und Recht in Übersee*, Hamburgo, año 25, núm. 2, 1992, pp. 161-198, quien distingue ya cuatro generaciones de derechos humanos y traza paralelos entre las generaciones primera y tercera, y segunda y cuarta, alternativamente en el plano nacional y en el internacional.

3. El reconocimiento social y político de las demandas y pretensiones de los actores sociales, aunque necesario, no es suficiente si no adquiere la permanencia institucional del derecho. ¿Cuál es la función de los derechos humanos en el interior del sistema jurídico una vez que han sido reconocidos?¹⁷

Si el lenguaje de los derechos humanos es un vehículo para lograr el reconocimiento e institucionalización de los valores, las demandas y las pretensiones de los actores sociales, una vez logrado esto, tales derechos deben cumplir con la importante función crítica de mantener abierto el orden jurídico, traduciendo e incorporando en él nuevas demandas que se acepten como legítimas; orientando sus cambios internos y controlando la legitimidad de sus normas. Los derechos humanos desempeñan entonces un papel similar al que antiguamente se asignaba al derecho natural.¹⁸

Sin embargo, es necesario que el sistema jurídico establezca vías de "traducción" y de comunicación con su entorno social, por ejemplo, otorgando a la población acceso a los tribunales y a otros órganos de defensa de los derechos de individuos y grupos.¹⁹

El panorama de la vigencia de los derechos humanos en una sociedad determinada es resultado de las interacciones concretas y específicas que se establezcan entre los factores sociales y jurídicos que se han mencionado.

17 Dejamos aquí de lado la función social global de los derechos humanos institucionalizados. Luhmann, Niklas, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie* (Los derechos fundamentales como institución. Una contribución a la sociología política), 3a. ed., Berlín, Duncker und Humblot, 1986, especialmente el capítulo 9, pp. 186 y ss., examina dicha función a partir de la problemática de la diferenciación social. Para él, la positivización y la institucionalización de tales derechos mantienen y regulan las relaciones entre ámbitos sociales diferenciados: la política, la religión, la economía, la esfera privada de la persona, etcétera, y específicamente impiden la expansión sin control de la primera.

18 Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. I. Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991, p. 19.

19 El sistema jurídico requiere, por así decirlo, de "órganos de los sentidos" y por esta razón ha adquirido tanta importancia el derecho de acceso a la justicia. Desde una perspectiva sociológica más rigurosa, podría hablarse de la funcionalización de los conflictos para la creación y desarrollo del derecho. Sobre este punto y sobre el derecho como "sistema inmunológico" de la sociedad que se constituye en anticipación de posibles conflictos, véase Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. de Silvia Pappe y Brunhilde Erker, México, UIA-Alianza Editorial, 1991, pp. 370 y ss., especialmente 376 y ss.

III. DERECHOS HUMANOS, INSTITUCIONES JURÍDICAS Y LEGITIMIDAD

En este apartado se describirán, como se dijo, dos casos con características paralelas, aunque ocurridos en países distantes en otros muchos aspectos. En cuanto a tales características paralelas, puede notarse que el lenguaje de los derechos humanos es capaz de restablecer el vínculo dañado entre actores sociales e instituciones. La intervención de los mecanismos del derecho, al racionalizar y despolitizar el conflicto subyacente, y con independencia de la solución en que éste desemboque, contribuye a restaurar la legitimidad perdida.

1. *El censo de población en Alemania (1983)*²⁰

1. En 1981, la coalición gobernante en Bonn, formada por el Partido Socialdemócrata (SPD) y el Partido Liberal (FDP) presentaron en el Parlamento Federal (*Bundestag*) un proyecto de ley para la realización de un censo general de población, señalando en la exposición de motivos que la información que se obtendría era una base indispensable para las decisiones de política económica y social del Estado.

El 4 de marzo de 1982, todos los partidos representados en el Parlamento aprobaron *por unanimidad* el proyecto de ley del censo, para cuya realización se fijó la fecha del 27 de abril de 1983. El cambio en la coalición gobernante en el mismo año (el FDP pasó a formar coalición con los partidos Demócrata-cristiano y Social-cristiano, CDU/CSU) no afectó al censo programado.

Contra la ley aprobada se levantó alguna oposición aislada: la de algunos socialdemócratas arrepentidos y la de los "verdes" (partido ecologista que no alcanzaría representación en el Parlamento Federal hasta 1983), quienes se oponían por completo al censo. Cabe aclarar que los comisionados para la protección de datos personales²¹ expresaron reservas sobre la constitucionalidad de la ley aprobada e

²⁰ La crónica de este apartado está tomada esencialmente de Massing, Otwin, "Von der Volkszählungsbewegung zur Verrechtlichung der Öffentlichkeit, Herrschaftsrationalisierung und Verfahren" ("Del movimiento contra el censo a la juridificación: publicidad, racionalización de la dominación y procedimiento"), en Hohmann, Harald (ed.), *Freiheitssicherung durch Datenschutz*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1987, pp. 85-109, especialmente las pp. 93 y ss.

²¹ Se trata de funcionarios que tienen facultades similares a las de un *ombudsman* y que son nombrados conforme a las leyes de la Federación y de los *Länder* sobre la protección de datos personales, para vigilar y controlar el cumplimiento de esas leyes.

hicieron algunas propuestas de modificación que no fueron atendidas. Por su parte, las autoridades encargadas de llevar a cabo el censo se prepararon para combatir, mediante amonestaciones y multas, las posibles resistencias y negativas de la población a cooperar. La prensa apenas tomó nota del tema.

2. Sin embargo, de manera sorpresiva se inició un movimiento de boicot al censo. Según el semanario *Der Spiegel*, este movimiento comenzó en diciembre de 1982 en un teatro de Hamburgo, después de la presentación de una pieza sobre sistemas de información personal. La inconformidad se extendió rápidamente y, según reconoció el Tribunal Constitucional Federal en su sentencia de diciembre de 1983, el desasosiego alcanzó incluso a aquellos sectores de la población integrados por ciudadanos leales que respetaban el derecho y el deber del Estado de procurarse la información necesaria para desempeñar sus funciones.²²

En este punto, el movimiento implicaba ya una severa derrota política para el Parlamento y el gobierno, con la consiguiente pérdida de legitimidad del Estado en su conjunto. Y si bien no parecía que el censo tuviera ya posibilidades de llevarse a cabo con un grado mínimo de credibilidad, algunos representantes del movimiento acudieron a uno de los órganos de la justicia de ese mismo Estado, para impugnar la ley del censo como contraria a los derechos fundamentales de la persona. El Tribunal Constitucional Federal ordenó la suspensión del censo mediante resolución provisional de 13 de abril de 1983, unos cuantos días antes de la fecha determinada para su realización.²³

22 BVerfGE (Resoluciones y sentencias del Tribunal Constitucional Federal), vol. 65, pp. 1 y ss.

23 Este Tribunal ejerce delicadas funciones de equilibrio político. Ya es "tradición" en Alemania que los partidos políticos traten de convertir en triunfo ante el Tribunal Constitucional sus derrotas en el Parlamento. Parte de la doctrina alemana ha considerado incluso al Tribunal como "instrumento estatal institucionalizado de oposición" y como "instrumento de lucha de la oposición". Véase Mezzetti, Luca, *Giustizia costituzionale di opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Rimini, Maggioli Editore, 1992, p. 62. Sin embargo, en este caso el movimiento no provenía de los partidos establecidos, sino de los ciudadanos. La llave de los ciudadanos para tener acceso al Tribunal es el "recurso constitucional", que procede solamente por violación de los derechos constitucionales de los demandantes. Para una perspectiva crítica sobre el Tribunal, pero que no puede dejar de reconocer su función de equilibrio, consenso y legitimidad en el sistema político, véase Hase, Friedhelm y Ruete, Matthias, "Constitutional Court and Constitutional Ideology in West Germany", *International Journal of the Sociology of Law*, London, vol. 10, núm. 3, August 1982, pp. 267-276. Aunque ya no muy reciente, un excelente estudio es el de Kommers, Donald P., *Judicial Politics in West Germany. A Study of the Federal Constitutional Court*, Beverly Hills-London, SAGE

Un periódico de izquierda lamentó en sus páginas que, al haberse acudido al Tribunal Constitucional, se hubiera perdido la orientación democrática de base del movimiento, porque la intervención del Tribunal iba a lograr, si acaso, aplazar el censo, cuando lo que se requería era impedir en definitiva el uso de ese peligroso instrumento de control político.

3. El Tribunal Constitucional dictó sentencia el 15 de diciembre de 1983. En esta sentencia proclamó un *nuevo* derecho fundamental, que el Tribunal hizo derivar conjuntamente del principio de la dignidad de la persona y del derecho al libre desarrollo de su personalidad, y que denominó derecho de "autodeterminación informacional", es decir, la facultad que tiene el individuo para decidir, en principio, sobre la comunicación y uso de sus datos personales, protegiéndolos así de la recopilación, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitados.²⁴ En consecuencia, declaró inconstitucionales algunas partes de la ley que a su juicio no ofrecían defensa suficiente contra el uso indiscriminado de esos datos. Como podía esperarse, la sentencia desató una intensa discusión jurídica y política.²⁵

En 1985 se aprobó una ley para la realización de un nuevo censo en 1987, la cual incorporaba las garantías exigidas por el Tribunal. Las resistencias permanecieron aisladas.

Publications, 1976, 312 pp. Por otro lado, la posición preeminente del Tribunal no se entiende plenamente si no se hace referencia a la cultura jurídica de la República Federal de Alemania, la cual se caracteriza, en general, por la densa red de tribunales y procedimientos judiciales al alcance del ciudadano, lo que le ha valido el calificativo de "*Rechtswegestaat*" ("Estado de la vía judicial"). Alemania es uno de los países con mayor proporción de jueces respecto de la población y la enseñanza en sus escuelas de derecho está fuertemente orientada hacia la función judicial. Véase Raiser, Thomas, *Rechtssoziologie (Sociología del derecho)*, Frankfurt a.M., Alfred Metzner Verlag, 1987, pp. 329 y ss.

24 Sobre los problemas jurídicos generales de la protección de datos personales, véase Toniatti, Roberto, "Libertad informática y derecho de protección de los datos personales: Principios de legislación comparada", trad. de Alejandro Saiz Arnáiz, *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati, núm. 29, enero-abril de 1991, pp. 139-162.

25 Más de uno sintió alarma ante las posibles consecuencias de ese poder, absoluto en apariencia, que se ponía en manos del individuo, sin caer en cuenta que el Tribunal lo proclamaba como fundamento y justificación de medidas de protección estructurales e institucionales, *precisamente porque* el individuo apenas está en condiciones reales de ejercerlo.

2. *La creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México (1990)*

1. Entre los factores que llevaron a la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en 1990, se puede distinguir entre los inmediatos y los mediatos.

a) En los factores inmediatos se conjugaron tanto elementos internos como externos.

Internamente, en los años anteriores a 1990 se habían multiplicado de manera significativa las quejas y denuncias por violaciones a los derechos humanos, cometidas con motivo de la lucha contra el narcotráfico. A pesar de que el abuso de autoridad es uno de los problemas ancestrales de nuestro país,²⁶ en esta ocasión el gobierno estaba obligado a actuar, para compensar también la pérdida de legitimidad que los resultados electorales de 1988 habían puesto en evidencia.

En el exterior, los informes de influyentes organismos internacionales de defensa de los derechos humanos como *Americas Watch* y *Amnesty International*, sobre los múltiples casos de violación a estos derechos, afectaban desfavorablemente la imagen internacional de México, en momentos en que el país se encontraba empeñado en continuar el proceso de apertura económica.²⁷

b) Los factores mediatos, más profundos, radican, por su parte, en el proceso de desarrollo económico y social a partir de la revolución, y en particular en la llamada "transición a la democracia" y en la reforma económica de la última década.

Si en los años treinta la preocupación central parecía resumirse en la idea de "justicia social" (reparto agrario, derechos de los trabajadores, educación) como política de movilización e incorporación

26 Concha Malo, Miguel, "Violaciones a los derechos humanos individuales en México (período: 1971-1986)", en: González Casanova, Pablo y Cadena Roa, Jorge (coords.), *Primer informe sobre la democracia: México 1988*, 2a. ed., México, Siglo XXI Editores-UNAM, 1989, pp. 115-187, contabiliza a partir de fuentes documentales (prensa, informes de organismos no gubernamentales internacionales), dos mil 476 casos individuales de violación de derechos humanos en todo el país, con predominancia de casos de lesiones, ejecuciones y detenciones arbitrarias. Con todas las observaciones metodológicas que pueden hacerse a este tipo de investigaciones, los indicios que revela son de todos modos preocupantes.

27 Sobre este contexto previo a la creación de la Comisión puede verse Aguayo Quezada, Sergio, "Auge y perspectivas de los derechos humanos en México", en: Rubio, Luis y Fernández, Arturo (eds.), *México a la hora del cambio*, México, CIDAC-Cal y Arena, 1995, pp. 355-383, especialmente 365 y ss.

de masas para el avance económico de los grupos sociales más débiles, a partir de los años cuarenta la industrialización, la urbanización y el creciente nivel de educación de la población, dieron por consecuencia, sobre todo en las clases medias emergentes, un cambio en la concepción del individuo, de su papel en la sociedad y de su relación con el Estado.

Este cambio, al que también contribuyó la acumulación de demandas insatisfechas por virtud de la prolongada crisis económica de los años ochenta, se manifestó en la arena política como exigencia de "democracia electoral",²⁸ mientras que en el ámbito social se expresó a través de la idea de los "derechos humanos". Indicio de esto último fue y sigue siendo la multiplicación en nuestro país de asociaciones, grupos y organismos no gubernamentales, ligados directa o indirectamente, a la promoción y defensa de los derechos humanos.²⁹

Este proceso, que se enmarca en la "transición a la democracia", caracterizada por una mayor pluralidad política y por el paso de la legitimidad revolucionaria a una legitimidad que fundamentalmente es de tipo electoral,³⁰ confluyó más tarde con un acelerado proceso de cambio económico, que significa en lo esencial la liberalización

28 Esta afirmación requiere una matización, si hacemos referencia a los grupos políticos de oposición que han exigido y exigen la democratización del régimen político. En este sentido ha sido fundamentalmente el Partido Acción Nacional (PAN) el que, por sus indudables raíces liberales y democráticas, ha sostenido con más coherencia y persistencia la idea de que el voto y el respeto al voto son la vía esencial para la democratización del país. Puede pensarse que por ello ese partido es el que en mayor medida ha capitalizado, precisamente desde comienzos de los años ochenta, la creciente importancia y competitividad de los procesos electorales en México. Por el otro lado, la oposición de izquierda, por su origen e ideología, ha tenido y tiene todavía algunas dificultades para concebirse como oposición electoral. Véase Loeza, Soledad, "El PAN: de la oposición leal a la impaciencia electoral", *El llamado de las urnas*, México, Cal y Arena, 1989, pp. 241-272 y Córdova, Arnaldo, "Panorama histórico de la oposición en México (periodo 1965-1991)", *Anuario Jurídico*, México, núm. XVIII, 1991, pp. 27-35.

29 Aguayo, *op. cit.*, *supra* nota 27, pp. 362 y ss. Apenas tres años después de su creación, había 192 organismos inscritos en el padrón de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (*Informe anual, mayo 1992-mayo 1993*, apartado XVII). Este fenómeno debe verse dentro del contexto más amplio del surgimiento y proliferación de movimientos populares de todo tipo en los últimos decenios. Véanse por ejemplo, entre una extensa bibliografía, los ensayos reunidos en el volumen coordinado por Zermeño, Sergio y Cuevas, Aurelio, *Movimientos sociales en México*, México, UNAM, 1990, 252 pp.; Foweraker, Joe, "Popular Movements and Political Change in Mexico", en: Foweraker, Joe y Craig, Ann L. (eds.), *Popular Movements and Political Change in Mexico*, Boulder-London-Lynne Rienner Publishers, 1990, pp. 3-20.

30 Sobre la existencia, o inexistencia, y los avatares interminables de dicha transición se ha escrito mucho. Véase, por ejemplo, Semo, Ilán, "Democracia de élites vs. democracia societal: los paradigmas de la pretransición mexicana", en: Semo, Ilán *et al.*, *La transición interrumpida. México 1968-1988*, México, UIA-Nueva Imagen, 1993, pp. 191-228.

interna y externa del mercado nacional.³¹ Ambos procesos, en sus tensiones y reforzamientos mutuos,³² tienen cada vez mayor necesidad de mecanismos de coordinación y de solución de conflictos que sean ciertos, imparciales y legítimos.³³ En una sociedad cada vez más compleja y plural éstos no pueden ser otros que los del derecho.

2. Sin embargo, en nuestro país los tribunales, que son la última instancia del derecho y los únicos órganos que se encargan de vigilar la consistencia de las decisiones jurídicas,³⁴ durante mucho tiempo no han podido o no han querido enfrentar y resolver algunos de los nuevos desafíos y conflictos que plantea el cambio económico y político, en parte debido a su insuficiente peso político e institucional.³⁵

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que, por razones de costos y oportunidad, los órganos de la justicia formal, como lo son los tribunales, no siempre están en condiciones de dar una solución rápida y adecuada a muchos de los problemas cotidianos del ciudadano.³⁶

3. Sumados todos los factores anteriores, parecía imperativo que el Estado mexicano reconociera y diera al problema una respuesta en términos de "derechos humanos" y que lo hiciera a través de una institución jurídica. Sin embargo, aún dentro de una política de *modernización* del ejercicio de la autoridad cabían otras posibilidades:

a) El problema podía tratarse simplemente como asunto "interno" de los órganos del poder público, como indisciplina o como mal

31 Véase, por ejemplo, Sales Sarrapy, Carlos, "La reforma económica", en Rubio y Fernández (eds.), *op. cit.*, *supra* nota 27, pp. 87-133.

32 Sobre los dilemas, todavía no resueltos del todo en nuestro país, que plantea la interrelación de ambos procesos de cambio, véanse, entre muchos otros, algunos de los ensayos reunidos en: Alcántara, Manuel y Martínez, Antonia (comps.), *México frente al umbral del siglo XXI*, Madrid, CIS-Siglo XXI Editores, 1992 y en Roett, Riordan (comp.), *La liberalización política y económica de México*, México, Siglo XXI Editores, 1993.

33 Y podríamos agregar: que mantengan y refuercen su diferenciación estructural y funcional. Véase Luhmann, *op. cit.*, *supra* nota 17. Que la reforma política y económica tiene como corolario imprescindible la reforma de las instituciones jurídicas es el argumento central en CIDAC, *op. cit.*, *supra*, nota 6.

34 Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft* (El derecho de la sociedad), Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1993, pp. 297 y ss.

35 En resumen, éste es un argumento central en los capítulos II y III de CIDAC, *op. cit.*, *supra* nota 6, pp. 57 y ss.

36 Este es un aspecto importante del "acceso a la justicia". Véase Cappelletti, Mauro, "La justicia social: Acceso a la justicia y la responsabilidad del jurista en nuestra época", *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo* (Cuatro estudios de derecho comparado), trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa, 1993, pp. 81-114, especialmente 101 y ss., que se refieren a las alternativas no judiciales de solución de conflictos.

cumplimiento de los deberes de los servidores públicos, es decir, como problema individual y ocasional, pero no estructural. En consecuencia se ofrecían como soluciones, a través de un discurso ya probado y desmentido otras veces por la realidad:³⁷

- el castigo a la deficiencia y corrupción de los servidores públicos;³⁸
- el mejoramiento de los cuerpos de seguridad y el combate a los privilegios y arbitrariedades fuera de la ley;³⁹
- el reforzamiento de los órganos del Poder Judicial.⁴⁰

b) La otra estrategia consistía, según se dijo, en tematizar abiertamente el problema en términos de “derechos humanos” y en asumir la necesidad de la creación de una instancia específica y visible, con apoyo político y respaldo en la opinión pública, que sirviera como foco y catalizador:⁴¹ la Comisión Nacional de Derechos Huma-

³⁷ Soluciones apuntadas en el *Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994*, México, Secretaría de Programación y Presupuesto, 1989.

³⁸ “... Se atenderá a las denuncias y a las sugerencias de los ciudadanos. Se castigará el incumplimiento con todo el peso de la ley y se combatirá a fondo la ineficiencia y la corrupción”, *idem*, p. 47.

³⁹ “El contacto más inmediato entre población y autoridad suele ser el que se da a través de los encargados de vigilar y aplicar el orden. Los cuerpos de seguridad serán mejorados y se avanzará en asegurar su honestidad, eficiencia y disposición para servir a la ciudadanía. Es preciso que los habitantes vean en la policía un salvaguarda del orden y de su seguridad personal, de sus familias y bienes. Es urgente combatir el crimen, el cohecho y la falta de seguridad pública. En concertación con los demás poderes, se aumentará el castigo a los infractores del orden, pero la prioridad será la prevención de actos delictivos. Se avanzará con energía en el objetivo de combatir los privilegios y las arbitrariedades en la aplicación de la ley”, *ibidem*.

⁴⁰ “Su estricta autonomía en la práctica es indispensable para el cumplimiento de sus propósitos. Se le dotará de los recursos para la efectiva realización de sus tareas y para una más eficaz, honesta y oportuna actuación de parte de sus funcionarios. Es necesario que exista una certeza en la población sobre la imparcialidad y eficacia de las instancias judiciales. Para ello se han de simplificar trámites, reducir plazos y abatir costos, elementos que propiciarán el uso pleno de los recursos legales por parte de la población”, *ibidem*.

⁴¹ Esta vía de acción ya está claramente prefigurada en el mismo *Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994*, p. 42: “El respeto a las garantías individuales y la satisfacción de los derechos sociales y políticos son condiciones necesarias para el ejercicio de la soberanía. La confianza en el orden jurídico y la certeza en la honesta impartición de justicia conforman el ambiente propicio para la manifestación cabal de la actividad democrática. Nadie está por encima de la ley porque ésta es mandato del pueblo, único depositario original de la soberanía. En este contexto, el Estado asegurará el pleno respeto de los derechos humanos enmarcados en nuestra Constitución. Para ello el Gobierno de la República ha tomado la determinación de crear instancias apropiadas para atender las demandas de los individuos y de los grupos sociales más expuestos al atropello de sus derechos esenciales e impulsar una mayor conciencia de los límites

nos.⁴² La oportunidad de su establecimiento se confirma, entre otros motivos, por el prestigio y los resultados que obtuvo en poco tiempo, lo que determinó también su rápida consolidación jurídica e institucional.⁴³

4. Sin embargo, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) es también, y ante todo, una *institución jurídica*, y no puede ser de otra manera, si en verdad la racionalidad del proceso de cambio político y económico en el país requiere necesariamente, y cada vez en mayor grado, de los procedimientos del derecho.⁴⁴ Por ello no es posible concebirla como una simple pantalla para mediatizar un problema político.⁴⁵

Muy brevemente, los siguientes son los principales aspectos de la CNDH como institución del derecho:

a) El fundamento y el marco de referencia de la actividad de la Comisión son las *normas jurídicas* (Constitución, leyes, tratados internacionales) y no meramente una consigna o un programa políticos;⁴⁶

del poder de la autoridad y de la dignidad inviolable del ser humano". Se habla paralelamente de "garantías individuales" y de "derechos humanos", pero ambos términos no son equivalentes. Nótese las diferencias en el contexto y sobre todo en el estilo del discurso.

42 El antecedente inmediato de la Comisión Nacional de Derechos Humanos se encuentra en la Dirección General de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, establecida en el artículo 15 del Reglamento Interior de esa dependencia en febrero de 1989.

43 Véase Madrazo, Jorge, *Derechos Humanos. El nuevo enfoque mexicano*, México, FCE, 1993.

44 Que esto es así ha quedado claramente de manifiesto con otros importantes cambios posteriores a las instituciones del derecho: en la judicialización de los conflictos electorales federales (1990-1993), en la creación de tribunales agrarios (1992), en el establecimiento de la Comisión Federal de Competencia Económica (1992), en los mecanismos de solución de controversias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1993), en la reciente reforma a la organización y funciones de la Suprema Corte de Justicia (1994). Todos estos cambios y otros similares se resumen ahora en el nuevo discurso sobre el "Estado de derecho" y el "país de leyes". Véase el capítulo II del *Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000*, México, SHCP, 1995, pp. 19 y ss.

45 Como un ejemplo de este desconfiado punto de vista, ante la novedad de la institución, véase el artículo de Ibarra, Rosario, "El ping-pong", en el periódico *El Universal*, México, del 11 de septiembre de 1990, p. 10.

46 Esto lo confirma la aprobación, con el consenso fundamental de los partidos, de la reforma al artículo 102 constitucional (*Diario Oficial de la Federación* de 28 de enero de 1992) que mediante un nuevo apartado B, constitucionaliza el establecimiento de organismos encargados de la protección de los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano. Es la primera vez que en nuestra Constitución aparece la expresión "derechos humanos", lo que podemos interpretar como el reconocimiento de una visión más amplia y abierta que la de nuestras tradicionales garantías individuales y sociales.

por lo mismo, el organismo opera mediante el tratamiento de casos individualizados, que sufren así el proceso de racionalización y despolitización característicos del derecho.

b) La Comisión está modelada sobre la figura del *ombudsman*, que es una institución de justicia que por el carácter informal, expedito y flexible de su procedimiento, ofrece mayores posibilidades de acceso a la población.⁴⁷

c) La Comisión es una institución que responde y se adecua a la cultura jurídica mexicana.⁴⁸

d) La Comisión pretende impulsar y lograr cambios estructurales permanentes en la cultura y las instituciones jurídicas (particularmente en la procuración e impartición de justicia) y no sólo en las reglas del juego político.⁴⁹

IV. REFLEXIONES FINALES

1. Los derechos humanos se presentan ante la conciencia moderna como una exigencia moral inmediata e incondicional,⁵⁰ como regla imprescindible de toda convivencia civilizada. Sin embargo, el estudio de la vigencia jurídica concreta de esos derechos muestra que las condiciones que concurren en ella son contingentes, al menos en el sentido de que, desde un punto de vista hipotético, las demandas sociales o las acciones públicas de que se trate pudieron tomar, en un principio, un rumbo distinto. Esto revela, al mismo tiempo, la fuerza, se diría casi irresistible según el análisis *a posteriori*, de los factores y circunstancias que determinaron el resultado efectivamente observado. La coincidencia cada vez más estrecha o probable entre

47 La bibliografía sobre esta institución de origen sueco es francamente abrumadora. Véase, por ejemplo, Fix-Zamudio, Héctor, "Reflexiones comparativas sobre el *ombudsman*", *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, CNDH, 1991, pp. 189-213.

48 Fix-Fierro, Héctor, "Los derechos humanos en la cultura jurídica", *Jornada sobre los derechos humanos en México (Memoria)*, México, CNDH, 1991, pp. 46-52.

49 Así, por ejemplo, la CNDH ha promovido importantes reformas legislativas, sobre todo en materia de procedimiento penal. Un análisis de esas primeras reformas puede verse en García Ramírez, Sergio, *Proceso penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 1992, 328 pp. En cuanto a la cultura jurídica, el cambio de actitud que se requiere no es menor: que los derechos humanos se constituyan en núcleo de un "derecho duro", en un país donde las normas se toman como meras recomendaciones (lo que sabe cualquier automovilista) o acaso como reglas de conveniencia.

50 Sobre los derechos humanos como derechos morales puede verse Fernández, Eusebio, "El problema del fundamento de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 1, 1981, pp. 96 y ss.

necesidad y contingencia a través del derecho no es otra cosa que el ancestral anhelo de la justicia.

2. Al comparar los casos de México y Alemania aquí examinados, podemos apreciar con nitidez algunos de los aspectos de los derechos humanos a los que en forma abstracta y sumaria se hizo referencia anteriormente (*supra*, II.):

a) La utilización estratégica y en ocasiones imprevisible del "lenguaje de los derechos humanos" para la manifestación de demandas sociales, como en el caso del censo en Alemania. Sin embargo, solamente la acción organizada de individuos y grupos es capaz de lograr esta transformación en el lenguaje. Tal afirmación implica, por otro lado, la existencia de ciertos prerrequisitos políticos económicos y culturales. En el caso de México, tales prerrequisitos son producto de la catálisis y confluencia de tendencias de cambio de largo plazo, así como de eventos más o menos accidentales; en Alemania, de la combinación de un régimen político marcado por el fracaso de la República de Weimar y la derrota en la Segunda Guerra Mundial, con una larga tradición legalista y judicialista.

b) La ulterior transformación de estas demandas sociales en pretensiones jurídicas se produce en un segundo plano. Dicha transformación es tanto más probable o necesaria cuanto más compleja sea la sociedad de que se trate. Sin embargo, decir esto es casi trivial y resulta insuficiente. En los casos examinados de Alemania y México, interviene también una peculiar situación política, en la que el Estado y sus instituciones han perdido legitimidad y consenso. Entonces se reconoce oficialmente la relevancia del problema en términos de derechos humanos, los que, debido a que gozan de una legitimidad que ningún sujeto puede cuestionar abiertamente,⁵¹ contribuyen a crear un primer consenso y a atenuar el antagonismo primeramente generado. Enseguida se recurre al derecho como instancia capaz de individualizar y despolitizar el conflicto subyacente. La racionalización que se opera a través del derecho puede servir, entonces, para recuperar, por otra vía, la legitimidad y el consenso perdidos.⁵²

51 Es tal el poder legitimador preventivo del discurso de los derechos humanos, que ningún régimen, por represivo que sea, escapa del todo a la necesidad de justificarse ante ellos, aunque sea a costa de reinterpretarlos a su manera. De ahí, en parte, el debate sobre la universalidad o relatividad cultural de los derechos humanos.

52 Aquí resuena uno de los temas clásicos de la sociología de Max Weber: el derecho formal y racional moderno (la legalidad) como fundamento de un tipo específico de legitimidad.

La elevación de estas demandas al plano jurídico requiere la existencia de mecanismos abiertos y arraigados en la cultura política y jurídica (el recurso constitucional en Alemania; las procuradurías y organismos similares al *ombudsman* en México). Su consagración a nivel constitucional es un indicio más de la trascendencia de su función legitimadora. Sin embargo, el impacto de su intervención varía en ambos países, ya que, por una parte, la fuerza de las decisiones correspondientes es distinta, y por el otro, los factores que facilitan u obstaculizan su aceptación también son diferentes.

c) En todo ello desempeña el Estado un papel paradójico. Por un lado, es vulnerable y está expuesto a perder legitimidad en cualquier momento ante las demandas y presiones, tanto internas como externas, antiguas o nuevas, que no siempre puede satisfacer o identificar a tiempo.⁵³ Esto es una consecuencia del proceso de pluralización del poder en lo interno y de desdibujamiento de la soberanía en lo externo. Así, pues, aun cuando múltiples condiciones para la vigencia de los derechos humanos no ya bajo el control pleno del Estado, en el lenguaje político y en la teoría jurídica, éste sigue siendo el responsable único o de última instancia de la vigencia de esos derechos.⁵⁴

3. Ni la dimensión institucional ni el sustrato social deciden, por sí solos, el sentido de las transformaciones jurídicas mediadas por los derechos humanos. La conjunción de ambas dimensiones es necesaria para producir cambios estructurales permanentes en el sistema jurídico-político y para restaurar, en su caso, la legitimidad perdida.

Héctor FIX FIERRO

53 Lo sucedido al gobierno mexicano a raíz de la rebelión del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en el estado de Chiapas en enero de 1994, amparado en legítimas e insatisfechas demandas de justicia social, es poco menos que un ejemplo paradigmático. Véase Fix Fierro, Héctor y Martínez Uriarte, Jacqueline, "Chiapas: El escenario de una rebelión", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núm. 84, abril-junio 1994, pp. 165-179. Por otra parte, el discurso del Estado de derecho puede tener efectos contraproducentes ante demandas acumuladas y ante eventos que en otros sistemas serían quizá también insolubles (por ejemplo, los asesinatos políticos), lo que puede agravarse por efecto de reformas a medias que no se llevan hasta sus consecuencias lógicas y necesarias. Véase Fix Fierro, Héctor, "La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad", *Ars Juris*, México, núm. 13, 1995, pp. 109-127.

54 Una paradoja relacionada con este punto es la "paradoja de la internacionalización" de los derechos humanos, como expresión de las paradojas del "limitado límite", según la cual el Estado es vigilado y controlado por instancias supranacionales, pero éstas, a su vez, dependen del reconocimiento del Estado mismo. Véase Asís Roig, Rafael de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Editorial Debate, 1992, pp. 78 y ss.