

DERECHOS HUMANOS, PROBLEMAS ACTUALES: Un constitucionalismo mundial*



Javier Espinosa De los Monteros Sánchez**

Recibido: noviembre 24 de 2006

Aprobado: marzo 14 de 2006

RESUMEN

El presente artículo plantea las antinomias y aporías que se presentan entre los derechos humanos caracterizados como universales y los dogmas tradicionales de la soberanía y ciudadanía que están ligados a aquella forma de organización política de nuestros días que es el Estado-Nación. El fenómeno de la globalización ha puesto en *crisis* al Estado-Nación por lo que también se traduce en una crisis de la soberanía y la ciudadanía. Las funciones tradicionales que venía desplegando el Estado están siendo desplazadas y rebasadas por realidades externas (problemas ambientales y terroristas, cesión de facultades de decisión a organismo supranacionales, embates de los especuladores financieros, flujos migratorios, etc.) e internas (el problema del multiculturalismo) por lo que tenemos un Estado enfrentando severos proceso de transformación o sobre vivencia.

En los confines del Estado mexicano y su ordenamiento jurídico, la universalidad de los derechos se queda en retórica. Un constitucionalismo mundial se presenta como la única alternativa viable si se quiere hacer efectiva la protección de los derechos humanos y ser acorde con la superación de la soberanía y ciudadanía.

* Este artículo forma parte del resultado del la investigación titulada: Constitución y derecho indígena; para optar al título de Maestro en Derecho, en la especialidad de Derecho Constitucional y Amparo, de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, División de Estudios de Posgrado (Centro de Investigaciones Jurídico-Político CIJUREP). Esta investigación fue iniciada en el año 2004 y terminada en el primer semestre de 2006.

** Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, México. Cursa el último semestre de la Maestría en Derecho Constitucional y Amparo en la División de Estudios de Postgrado CIJUREP (Centro de Investigaciones Jurídico-Político) de la UAT. jespinozams@hotmail.com

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, Derechos fundamentales y garantías, Universalidad, Historicidad y especificación de los derechos, Ciudadanía, Estado-Nación, Soberanía, Estado constitucional, Constitucionalismo mundial.

ABSTRACT

This article expounds the antinomies and the difficulties existing amongst the human rights that are characterized as universal and the traditional dogma of sovereignty and citizenship related to the now-a-days way of political organization: the State-Nation. The phenomenon of Globalization has created a *crisis* to the State-Nation, one that can be seen as a crisis in sovereignty and citizenship. The traditional functions performed by the State are now being displaced and even overrun by external realities (Problems of environment and terrorism, the concession of decision-making capacities to supra-national entities, the attacks on behalf of the financial speculators, the migratory flows, etc.) as well as internal realities (the problem of multiculturalism). Thus, we now have a State that is facing severe transformation processes and survival challenges.

Within the limits of the Mexican State and its juridical ordinance, the universality of rights remains as rhetorical. A worldwide Constitutionalism presents itself as the only viable alternative if the protection of human rights is to become effective and in accordance with the improvement of sovereignty and citizenship.

KEY WORDS: Humans rights, Fundamental rights and Warrantys, Universality, Historicity and specification of the rights, Citizenship, Nation-State, Soberany, Constitucional State, World Constitutionalism.

INTRODUCCIÓN

El objeto de mis siguientes reflexiones los constituyen los Derechos Humanos; estos en la actualidad enfrentan nuevos retos y exigen replantear nuevas formas de regulación y garantías para lograr siquiera un mínimo de efectividad dentro de los confines estatales, así como sustraerlos de la amenaza de los poderes públicos y privados que constantemente los asedian. Los derechos han sido limitados por el derecho de los Estados y entrado en

tensión con los dogmas de la soberanía y la ciudadanía; ambas nociones están ligadas a la entidad del Estado Nación la cual enfrenta una profunda crisis que se traduce en un alto grado de deslegitimación y desgaste de su función como factor de integración, puesto de manifiesto por los procesos de globalización, ciertos problemas internos como las minorías indígenas y la pluralidad de poderes en sede supraestatal que lo cuestionan, suponiendo una gran fase de transformación o superación del mismo.

El panorama anterior deja vislumbrar el paradigma del Constitucionalismo mundial no exento de aporías, pero cuya realización constituye en buena medida el más alto grado de protección, primacía, expansión y garantía efectiva en la nueva era de los derechos. La discusión en México todavía es precaria, aunque hoy en día existen fuertes e importantes voces que se levantan para denunciar las injusticias y discriminaciones que generan la soberanía y la ciudadanía.

1. ATISBOS EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS

Para empezar, es menester explicar algunos aspectos generales que permitan dilucidar ciertas cuestiones conceptuales y de contenido en torno a nuestro objeto de estudio.

Los derechos son atributos que corresponden a los seres humanos, son pretensiones justificadas, fundadas, relativas a un sistema de normas jurídicas. Tener un derecho significa tomar legítimamente algo. Es la pretensión de alguien (de un individuo, de un grupo) de que otros sujetos hagan o no hagan algo en relación con él... es una pretensión que abarca el comportamiento de otros sujetos y presupone (y a su vez expresa) una distribución compartida de las cargas y de los privilegios sociales¹.

Estos –los derechos– poseen ciertas características que permiten identificarlos, a saber: universalidad², historicidad³ y especificación. La *historicidad*³ refiere que los derechos, para de-

cirlo en términos Bobbianos, tienen una edad, son producto de su tiempo y de las necesidades concretas que desarrollan las sociedades y los individuos dentro de unas coordenadas espaciales y temporales determinadas⁴, es decir, nacen o van surgiendo conforme a los requerimientos sociales de una época y lugar determinados, lo que rompe con la versión iusnaturalista de considerar a (en una excesiva idealización) los derechos como parte de la naturaleza humana y, por tanto, presentes en toda la historia de la humanidad; por otro lado, *la especificación* es un "proceso de determinación", de pasar a considerar al individuo como ciudadano y en tanto centro de imputabilidad de derechos en abstracto a considerar a los individuos dentro de sus diferentes esferas sociales y biológicas en concreto, es decir, el tránsito de una igualdad formal a una igualdad sustancial o material. En virtud de ciertos grupos que merecen una tutela especial o diferente, se otorgan estatus jurídicos diferenciados a los del resto de la población, debido a lo posición de desventaja en la que se encuentran ciertos grupos frente a otros o por la pertenencia étnico-cultural. La última característica que es la de *universalidad* consiste en que los derechos son prerrogativas que corresponde a todos los seres humanos, en la misma medida (de esto se desprende la "igualdad de derechos")⁵.

Esto no siempre ha sido así; el que los derechos se extiendan a todos los seres humanos en todos los rincones de la tierra obedece, en buena medida, a su inserción en la Declaración

“universal” de 1948 que, como recuerda Bobbio⁶, con dicha declaración se da un consenso práctico en torno a los derechos, al grado de ser reconocidos por una buena cantidad de países, ya que se trata de una cuestión que reclama <<protección urgente>>.

El fundamento de los derechos que propone Bobbio en el “*consenso práctica*” está viciado de origen al desconocer o tratar de soslayar el fundamento teórico que considera una cuestión de derecho natural y sobre el cual los teóricos no se han puesto de acuerdo por largo tiempo. Aduce que no se puede encontrar un argumento absoluto e irresistible al cual nadie pueda negarle su adhesión, y presentan como objeciones: la *vaguedad del término derechos humanos* (no hay una definición universalmente aceptable), *variabilidad* (lo que ha sido fundamental en una época no lo es en otra), *heterogeneidad* (lo que fundamenta unos derechos no fundamenta otros, lo que se traduciría en una diversidad de fundamentos y no uno solo) y que *la realización integral de unos* (derechos de libertad) *impide la realización integral de los otros* (derechos sociales y colectivos); por tanto, lo urgente es su protección a través de su positivación. Lo anterior es parcialmente correcto, y urge convertir los derechos en normas vinculantes y, por tanto, pasar de declaración a contenido normativo; y respecto de las objeciones, la teoría se ha fortalecido sobre todo al considerar los derechos *como bienes básicos*; como sabemos, es indefectible que la teoría se fundamente en la práctica, que es una de sus dimensiones.⁷

Empero, como quiera que sea, dicha declaración constituye la primigenia en el proceso de desnacionalización de los derechos y, por tanto, la caracterización de los derechos como universales. La característica de universalidad supone a la persona⁸ como titular de los derechos con independencia de algún título como condición previa e indefectible para ejercer su goce e imputarle su titularidad.

Siguiendo a Robert Alexy⁹ podemos distinguir entre la *universalidad de los titulares* –que ya ha quedado expuesta– y la *universalidad de los destinatarios u obligados* que puede ser tanto un individuo, un grupo social como el Estado; utilizando la expresión de Guastini, un “*Verdadero Derecho*” para serlo y no ser un “*Derecho sobre el papel*”¹⁰ debe permitir a su titular exigir de otro ya sea individuo, grupo social o Estado una determinada prestación, abstención, actuación o reconocimiento. Todo derecho lleva frente de sí una obligación, lo que constituye su contenido, *el contenido de un derecho* atribuido a un sujeto no es más que una obligación que recae sobre otro sujeto¹¹.

De la universalidad se desprenden otras dos características de los derechos, a saber: la *inalienabilidad* y *no negociabilidad* las cuales contribuyen a sustraer y configurar una esfera de protección, indecisión y límites infranqueables para los poderes públicos y privados.

Lo anterior refleja dos aspectos contundentes: por un lado la concepción de los derechos como <<*derechos contramayoritarios*>> que

implica la indisponibilidad de los derechos por parte las mayorías o cualquier otro grupo de personas, y por otro lado, la indisponibilidad de sus mismos titulares, lo cual los asienta como un marco de razones de sobrepeso. El reconocer a los derechos capacidad contra mayoritaria significa la incapacidad de legislar en contra de los mismos y se traduce en la imposición de límites a la omnipotencia del legislador en cuanto a la producción normativa. Por ejemplo, los parlamentos no pueden aprobar una ley en la que se establezca la pena de muerte por que estarían trasgrediendo el derecho a la vida. En este sentido, democracia y derechos humanos resultan conflictuales; la decisiones de las mayorías encuentran límites en los derechos, por eso la teoría del consenso se advierte peligrosa ya que solo se protegerían los derechos que la mayoría dentro de un parlamento –no la mayoría de los individuos que integran la sociedad– adoptara como tales. En este sentido serán derechos los que el órgano legislativo convenga en adoptar como tales con base en el principio de mayoría.

La democracia adopta un claro matiz: debe procurar una pluralidad de opciones y alternativas de las diferentes formas de convivencia dentro de un Estado, con base en *principios mínimos de regulación y orientación*, los derechos. En los Estados democráticos el ejercicio de los poderes públicos se legitima en la medida en que se respeten los derechos humanos; aquéllos representan su parámetro de evaluación; no es otra cosa que una cuestión de grado.

Para que los derechos cumplan una función de expectativa amplia y se conviertan en el horizonte de proyección del orden jurídico, contundentes en la praxis, en el *Estado Constitucional* se ponen los derechos por encima de los poderes. En estructura de tal magnitud, siguiendo a Alexy¹², son: *Máximo rango*, por lo que ocupan el más alto grado dentro del ordenamiento en gradas del derecho estatal; son *Máxima fuerza jurídica*, ya que todo derecho debe contar con una garantía jurisdiccional que lo tutele y lo haga verdaderamente efectivo; en otras palabras, los derechos someten a control jurisdiccional así como debe existir un ente material obligado a quien pueda exigírsele el mismo, si no serán *Verfassungsliryck –poesía constitucional–*; son *Máxima importancia del objeto que regulan*, es decir, a través de ellos se decide acerca de la estructura fundamental de la sociedad y son *máximo grado de indeterminación*, porque imponen un amplio margen de interpretación y justificación¹³.

Por otro lado, es menester distinguir tres nociones que han generado confusión y polémica en la doctrina jurídica mexicana y que tienen repercusiones tanto teóricas como prácticas en torno a lo derechos. Estas nociones son: derechos humanos, derechos fundamentales y garantías¹⁴ (individuales o constitucionales).

Los derechos humanos corresponden a un concepto amplio el cual alude a prestaciones de carácter civil, político, social, cultural, económico, intereses difusos e, incluso, derechos morales; este concepto es usado en el lenguaje filosófico, sociológico, político, jurídico, etc.

Los derechos humanos corresponden a un concepto amplio el cual alude a prestaciones de carácter civil, político, social, cultural, económico, intereses difusos e, incluso, derechos morales; este concepto es usado en el lenguaje filosófico, sociológico, político, jurídico, etc.



Es una noción extendida y abigarrada en el lenguaje común para referirse al uso de prestaciones o facultades de las cuales gozan todos los individuos posibilitándolos para esgrimir ciertas exigencias ante individuos o autoridades; su titularidad corresponde a la persona, al ser humano en cuanto tal; son universales y oponibles tanto a un individuo, como a grupo social o Estado lo que se denomina la "*eficacia horizontal*" de los derechos humanos, la cual rompe con el esquema obligacional que concibe a la autoridad (en sentido lato el Estado) como la única entidad cuyos actos vulneran o conculcan los derechos "*eficacia vertical*".

Por lo que respecta a los derechos fundamentales, su terminología corresponde al lenguaje propiamente jurídico; son definidos como *todos aquellos derechos subjetivos que corresponde univer-*

*salmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del e estatus de persona, de ciudadano o personas con capacidad de obrar o de actuar*¹⁵; a la cuestión de ¿qué son los derechos fundamentales? corresponde su definición dada desde la teoría del derecho, y a la cuestión ¿cuáles son los derechos fundamentales? se responde desde la dogmática constitucional¹⁶: son fundamentales aquellos derechos que se encuentra regulados en la Constitución¹⁷; esta es la cualidad que la Constitución otorga a los derechos al estar insertos en la misma, asimismo, los derechos fundamentales generalmente se circunscriben al ámbito estatal en donde surten sus efectos; sólo la autoridad puede trasgredirlos, y por último pertenecen a prerrogativas cuya titularidad es vinculada normalmente en cuanto se tenga el status o calidad de ciudadano.

Los derechos fundamentales son intitulados –de manera no muy conveniente–, en la Constitución mexicana bajo el término “garantías individuales” (dentro de los primeros veintinueve artículos) y aluden principalmente a prestaciones de carácter civil y político. No comparto la idea fuertemente arraigada en la doctrina constitucional mexicana de denominar a los derechos fundamentales garantías, ya que se confunde el derecho con su garantía; en efecto, lo que se encuentra dentro de los veintinueve primeros artículos de la constitución federal bajo el Título de Garantías Individuales e, incluso, algunas extensiones de estos a la parte orgánica –de ahí la denominación garantías constitucionales– en la parte orgánica, no son sino derechos, derechos fundamentales que es la denominación más adecuada; recordemos que la palabra garantía proviene del término anglosajón Warranty que significa dar certeza, seguridad o aseguramiento. De lo anterior, habría que preguntarse: ¿qué es lo que da certeza o seguridad de los derechos ante una trasgresión?, es decir, ¿a través de qué medio se restituye al individuo en el goce de la garantía individual –usando la terminología constitucional– violada? Esto conlleva a hablar de medios de tutela o protección de los derechos como son el juicio de amparo, *ombudsman*. Garantía, en ese orden de ideas, es el medio o instrumento de tutela procesal jurisdiccional o no jurisdiccional de los derechos, lo que los hace efectivos¹⁸.

Lo anterior para efectos prácticos sirve para distinguir y no confundir los derechos con sus respectivas garantías, entendidas éstas, como ya se ha señalado, como el mecanismo de tutela procesal jurisdiccional o no jurisdiccional de los derechos. El denominar un derecho o conjunto de derechos con la palabra garantía resulta un error: no se puede aludir derecho alguno bajo dicho concepto ya que tiene un significado específico. En palabras del propio Ferrajoli, *las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas en el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional... Es una expresión del léxico jurídico para designar cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo*¹⁹. Por poner un ejemplo, al respecto en materia civil cuando celebramos un contrato –acto jurídico– de préstamo, y la contraparte, el obligado, nos incumple, es decir, no entrega la cantidad el día y hora señalados, se puede hacer valer la garantía prenda o hipotecaria, con el objeto de restituir al contratante en el goce o restitución de su patrimonio.

El mismo Ferrajoli distingue entre *garantías primarias o sustanciales* y *garantías secundarias o procedimentales*: las primeras consisten en que todo derecho tiene como correlativa una obligación, por ende, cuando carece de esta, es decir, de un obligado al que le pueda exigir el titular del derecho, habría una laguna que tendría que subsanar el legislador; y las segundas consisten en que todo derecho debe tener los

mecanismos jurisdiccionales y los más idóneos, a los cuales se pueda acudir para que se asegure un derecho.

En cuanto a que los derechos humanos y los derechos fundamentales son dos cosas distintas como lo hemos venido tejiendo, debemos señalar que no podemos trazar una línea tajante o divisoria entre ellos que los desvincule. Si partimos de la premisa de que la próxima fase en la evolución de los derechos es su desnacionalización, estamos afirmando que lo que existe en los ordenamientos de los Estados son derechos humanos... todos los derechos fundamentales son derechos humanos, derechos humanos constitucionalizados²⁰.

Ahora bien, podemos dar cuenta de dos procesos que han vivido los derechos desde la modernidad hasta nuestros días, a saber, la positivación y la internacionalización de los mismos. Entiéndase por el primero, el proceso de virtud del cual esta clase de derechos, al margen del debate filosófico acerca de si son derechos naturales, derechos morales o derechos meramente históricos, se han ido incorporando al derecho positivo interno de los Estados, especialmente a través de las Constituciones Políticas de éstos, lo cual ha venido a suministrar a los derechos humanos una base jurídica de sustentación objetiva que, junto con hacerlos más ciertos, favorece también su mayor efectividad... Por proceso de internacionalización de los derechos humanos, propio del siglo actual, se entiende aquel en virtud del cual esta misma clase de derechos,

en cuanto a su reconocimiento y protección, superan el ámbito de los derechos internos o nacionales y pasan a incorporarse, primero a través de declaraciones y, luego, a través de pactos y de tratados, a lo que podría llamarse derechos positivos internacionales de los derechos humanos²¹. Dicha internacionalización de los derechos humanos, en su primera fase, es de carácter solemne o declarativa (en la cual los derechos se presentan como buenos deseos ya que no tienen efectos jurídicos vinculatorios y se deja al arbitrio de gobiernos su observancia u omisión) para adquirir, mediante los tratados o pactos aprobados por los Estados según sus propios procedimientos constitucionales, competencia contenciosa misma que obliga a su reconocimiento y protección adquiriendo así fuerza vinculante²². El desarrollo de los dos procesos permite distinguir y configurar un *derecho positivo nacional y uno internacional de los derechos humanos*.

La historia da cuenta del proceso de acumulación normativa de los derechos; si concebimos a los derechos como producto de necesidades, teóricamente, una necesidad no puede desaparecer. Por eso se dice que los derechos son una "*matriz expansiva*"²³, se va generando un proceso de "acumulación normativa" en torno a los mismos que hace posible su desarrollo y en buena parte permite actualizar y consagrar las exigencias sociales.

Lo anterior no ha sido visto con buenos ojos, es decir, el que una gran cantidad de derechos deban y puedan incluirse en los textos norma-

tivos –leyes fundamentales, tratados, declaraciones, pactos de carácter internacional, etc.–, como si una cultura de solución se plantease en términos de ir conquistando y obteniendo derechos, cuya promoción incentiva al individuo a reclamar y a exigir derechos porque han salido nuevas generaciones y no se tienen, pudiendo llegar al absurdo de un capitalismo de derechos, por lo que en palabras de José R. Narváez²⁴, el aforismo aristotélico: “entre más se tiene más se quiere” se traduce en una “Voracidad Jurídica”. La crítica es muy importante y deberá tomarse en cuenta a la hora de ir planteando los derechos como podría ser el derecho al agua o el derecho a la intimidad, sólo en cuanto constituyan bienes básicos. No se trata de la simple operación de insertar, sin más, derechos de manera injustificada e indiscriminada²⁵; lo cierto es que los derechos se han visto envueltos y dominados por la lógica de los poderes que los han constreñido y conculcando como se puede dar cuenta a través del devenir histórico²⁶: tremendas violaciones se han producido en diferentes sedes (mundial, nacional, local, etc.) sin sujetar a alguien a responsabilidad alguna, por lo que se requerirían ciertos mecanismos de control como el del Estado Constitucional para sujetar a los poderes omnipotentes, ahora ya no sólo públicos sino también privados.

Al cuestionamiento ¿Cuántos y cuales derechos se deben incluir o merecen de tutela constitucional?, podríamos responder, por un lado, que se deben incluir aquellos derechos que sean necesarios para proteger al individuo y

se vele por su dignidad, en cuanto constituyen <<bienes básicos>>, que es aquella condición necesaria para desarrollar cualquier plan de vida. Como se ha señalado, los derechos son pretensiones fundadas o justificadas, lo que sí habría que tener cuidado en incluir en las constituciones derechos que no sean susceptibles de inclusión a rango constitucional derivado de su fundamentalidad; por otro lado, y que creo es uno de los principales aspectos que se han soslayado, es el relativo a su efectividad, a la creación y aplicación de mecanismos procesales idóneos y a la determinación de los destinatarios de los derechos (cuya ausencia genera una discapacidad funcional de los derechos), que los aseguren verdaderamente ya que se podrán tener todos los derechos que sean necesarios e importantes para un individuo pero sin tener siquiera un mínimo de efectividad; en este caso generalmente los derechos sociales son el reflejo de dicha precariedad y discapacidad.

2. EL ESTADO-NACIÓN: CIUDADANÍA Y SOBERANÍA

El Estado Nación es la organización política de nuestros días, caracterizado por su poder soberano y su delimitada circunscripción territorial. Dicha organización se entiende bajo la fórmula un Estado una Nación (Estado = Nación), con lo cual se trata de expresar la unidad y cohesión de los individuos que ocupan un determinado territorio, que se traduce en vínculos consanguíneos, culturales, una misma lengua, una

En palabras del propio Ferrajoli, *las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas en el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional... Es una expresión del léxico jurídico. para designar cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo.*

historia compartida, una religión y el deseo de querer vivir juntos tratándose de configurar un todo homogéneo. Hoy en día los pilares en que se sustenta el Estado Nación han sido puestos en cuestión... la globalización ha minado sus presupuestos centrales y ha hecho que esa promesa parezca hueca y sin sentido. La territorialidad y soberanía exclusivas que le son inherentes al modelo de Estado Nación están siendo transformadas debido a la emergencia de prácticas económicas transnacionales, regímenes legales supranacionales y cuerpos políticos posnacionales. La noción que el deber ser del Estado es una totalidad soberana –de-

limitado, autosuficiente, ejerciendo un control uniforme sobre sus ciudadanos-objeto–, ya no resulta empíricamente apropiada²⁷.

Las sociedades actuales son *sociedades complejas*, es decir, compuestas por individuos cuyas características, expectativas, intereses, sentido cultural o formas de vida corresponden y conforman aspectos heterogéneos en dos sentidos: el primero es que dentro del Estado-Nación converge una parte de la sociedad que comparte una misma cultura, que constituye una mayoría, y es el grupo hegemónico que pretende imponer forzosamente su propia cultura a otros grupos sociales conformados por grupos étnicos, sociales o religiosos que constituyen una minoría cultural y que se presentan como pequeños mosaicos de naciones; el segundo aspecto es que dentro de nuestra organización política, debido al fenómeno masivo de la migración, conviven grupos de individuos de diferentes nacionalidades –extranjeros– con pretensiones de asentarse permanentemente por razones principalmente económicas, etc.

Lo anterior, y entre otros aspectos, se puede considerar o traducir de manera simplificada en una crisis del Estado Nación, de la cual cualquier espectador puede darse cuenta, y es que este está enfrentando, tanto en lo interno como en lo externo, severos procesos de transformación a los que ya no puede ni debe controlar. Es por ello que en lo sociológico, en vez de hablar del Estado Nación, acudimos a los tiempos de los *Estados multinacionales*²⁸.

El Estado-Nación no es una entidad permanente. La organización política de la que el Estado es una de sus especies se encuentra en un proceso dialéctico en el que puede sobrevenir otra forma, para decirlo con las palabras de Habermas, expresada en un "*desarrollo histórico contingente*", por lo que su presencia es transitoria.

2.1 Del tratamiento de la soberanía

Soberanía es el concepto, a un mismo tiempo jurídico y político, en que confluyen todos los problemas y las aporías de la teoría positivista del Derecho y del Estado... surgida en Europa hace poco más de cuatro siglos, exportada en este último a todo el planeta y hoy próxima a su ocaso²⁹, esta ha adoptado diversos matices según las diversas imágenes que ha configurando el Estado en sus avatares hasta la concepción más actual como Estado-Persona, y entendida comúnmente por la clásica definición de Bodín como *potestas legibus solutus*, es decir, como poder absoluto, supremo e ilimitado corresponde a la facultad de decisión en última instancia.

Pues bien, la historia de la soberanía en sus dos sentidos comporta un desarrollo paralelo, pero opuesto. Por lo que respecta a la *soberanía interna* como poder sin limitación, como supuesto teórico, ha quedado desmentida con la revolución de 1789 tras la configuración del Estado Constitucional y Democrático; el constitucionalismo rígido, el control judicial de la constitucionalidad de leyes ordinarias, el principio de división de poderes, el principio

de legalidad y los derechos fundamentales, al decir de Ferrajoli, representan tantas limitaciones y en última instancia, negaciones de la soberanía interna, que la relación entre Estado y el ciudadano se transformó en la relación entre dos sujetos con soberanía limitada³⁰; por ende, no existen poderes, sujetos o entidades con soberanía ilimitada o desbordada dentro del interior, ya que deben estar sometidas o reguladas en última instancia por el derecho. En el desarrollo de la *soberanía externa*, ante la ausencia de límites, los Estados se proyectan como entes soberanos, con poder absoluto, supremo e ilimitado, en un estado virtual de guerra *–ad bellum–* frente a los otros Estados; empero, con el surgimiento de la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los sucesivos pactos de 1966 se somete a un cierto control a los Estados y, por ende, se limita la soberanía en su sentido externo ya que se pone como piedra angular y base de las relaciones entre los Estados: la Paz y el respeto de los Derechos Humanos.

La crisis de la soberanía, en su sentido interno y externo, es producida por el derecho, ya que los poderes son sometidos a control, limitados, sus márgenes de acción se deben a parámetros, teniendo como esfera de acción la que le indique un determinado ordenamiento jurídico –que sería la Constitución ya que lo único supremo dentro de un Estado es la Constitución–.

Tomando como excusa –cuando conviene claro está– la idea de soberanía, existen países que

se han negado a reconocer tratados internacionales de derechos humanos con carácter vinculante que podrían favorecer a una buena parte de su población (se podrían mejorar las condiciones de vida); la idea de soberanía como excusa para gobiernos que dentro de sus territorios aniquilan o vulneran, mediante el recurso del uso de la fuerza, a millones de personas sin ser llamados a cuentas.

2.2. Del tratamiento de la ciudadanía

La ciudadanía corresponde al *estatus subjetivo de pertenencia a una comunidad política determinada*. Se refiere a la adscripción de un individuo con una organización territorial de la que forma parte activamente en la toma de decisiones y cuyos presupuestos jurídicos depende de dicha adscripción. En los últimos años, debido a la explosión del fenómeno de las migraciones masivas de personas de distintas nacionalidades y de las constantes discriminaciones a las que se enfrentan minorías étnico-culturales, han saltado a la luz las desigualdades e injusticias, y, en sentido estricto, la negación de derechos a determinados grupos de extranjeros y minorías culturales, que generan en la práctica el estatus de ciudadanía³¹. Hoy que se han exigido por dichos grupos las reivindicaciones de sus derechos tomando en serio y literalmente la universalidad de los mismos prescrita de manera solemne en la declaración de 1948, estos son puestos en cuestión al ser limitados al ámbito estatal, al del Estado-Nación, por ende, en tanto se es miembro, membresía otorgada por

el lugar de nacimiento y otros vínculos como la sangre, la cultura y el querer vivir juntos en sociedad o una historia compartida— de determinada organización política se imputan una serie de derechos a tales individuos, los ciudadanos, y una serie menor a los no ciudadanos o extranjeros, tomando como argumento la negación de los derechos de estos últimos por no tener como lugar de nacimiento aquel en que residen; por otra lado, existen minorías³² culturales que se diferencian de la mayoría, que constituyen la cultura predominante dentro del Estado Nación, por lo que se hace una homología forzosa tratándolos de colocar en similar estatus y soslayando sus diferencias sociales, culturales o religiosas. Estos dos aspectos se traducen en una *desigualdad de derechos y discriminación* para extranjeros y minorías nacionales, por la que éstos desde su formulación teórica-práctica y justificativa, tanto han ponderado, es decir, por la igualdad en *droits*. Para decirlo en palabras de Ferrajoli: "Los derechos en cuestión fueron proclamados como universales cuando la distinción entre hombre y ciudadano no creaba ningún problema, al ser improbable e impredecible que los hombres y mujeres del Tercer Mundo llegaran a Europa y que estas declaraciones de principios fuesen tomadas literalmente³³."

Las sociedades actuales tienen un componente multinacional y pluricultural (ya dijimos son complejas); el fenómeno se acentuará en los próximos años, se camina, acelera y sobrecalienta, lo que obliga a un diálogo intercultural

generador de un mínimo de consenso en torno a la universalidad de los derechos³⁴. Se tienen dos manifestaciones a los que se enfrenta el Estado-Nación: en lo externo, la exigencia de la *igualdad de derechos*, y en lo interno, la exigencia de *derechos diferenciados*.

El concepto de ciudadanía ha evolucionado desde su concepción aristotélica, y romana hasta nuestros días, retomada en sentido moderno por el celebre ensayo de Marshall (1950) en el que se cobijan de manera pretenciosa bajo un mismo concepto, los derechos civiles, políticos y sociales. Dicho enfoque resulta antagónico con el Estatus de la personalidad a la que le corresponden prestaciones civiles y sociales, siendo que Estatus de ciudadano le corresponde la esfera de los derechos políticos, en cuanto es miembro de una determinada comunidad política, por lo que la ciudadanía se ha convertido en el último Estatus de privilegio, exclusión, discriminación y, en otros casos, de inclusión forzosa, generadora de desigualdades, conculcando las identidades diferenciadas de que se compone una comunidad.

La ciudadanía, junto con la soberanía, ha entrado en tensión con el universalismo de los derechos humanos operando como límite y trasgresor de los mismos.

Como señala Habermas, los ejemplos de las sociedades multiculturales, como son Suiza y Estados Unidos, muestran que una cultura política, para que en ella puedan echar raíces los principios constitucionales, no necesita apoyarse en una procedencia u origen étnico,

El Estado Nación es la organización política de nuestros días, caracterizado por su poder soberano y su delimitada circunscripción territorial. Dicha organización se entiende bajo la fórmula un Estado una Nación (Estado = Nación), con lo cual se trata de expresar la unidad y cohesión de los individuos que ocupan un determinado territorio, que se traduce en vínculos consanguíneos, culturales, una misma lengua, una historia compartida, una religión y el deseo de querer vivir juntos tratándose de configurar un todo homogéneo.



lingüístico y cultural, común a todos los ciudadanos. Una cultura política liberal sólo constituye el denominador común de (o el medio cívico-político compartido en que se sostiene) un patriotismo de la Constitución, que simultáneamente agudiza el sentido para la pluralidad e integridad de las diversas formas de vida que conviven en una sociedad multicultural³⁵. Lo anterior viene a dejar en claro que la pertenencia a una comunidad política determinada, cuya adscripción dependa del lugar de nacimiento o de la incorporación forzosa que suprime el pluralismo y las diferencias culturales de los individuos asentados en el territorio, no debe ser el supuesto y la condición para que a los individuos se les impute o no la titularidad de derechos, ni mucho menos que el Estado sea el que continúe determinando a los sujetos que son titulares de los mismos. Los derechos conforman la esfera de lo indecible (de aquel ámbito de protección del que gozan los derechos y que evita que los poderes ya sean públicos o privados puedan tener alguna injerencia negativa sobre los mismos, en la toma de decisiones).

Es menester transitar de los derechos del ciudadano a los derechos de la persona, de aquel ciudadano del mundo que no conoce fronteras... Sólo una ciudadanía democrática que no se cierre en términos particularistas puede, por lo demás, preparar el camino para un Estatus de ciudadano del mundo o una *cosmociudadanía*, que hoy empieza a cobrar forma en comunicaciones políticas que tienen un alcance mundial³⁶.

Siendo congruentes con las posiciones anteriores, haría falta universalizar en serio la libertad de tránsito dentro de los Estados; tal vez podría restringirse únicamente con fines de protección de otros de derechos humanos, como sería el caso de epidemias o enfermedades contagiosas que pusieran en peligro a la población del Estado. Asimismo, el derecho de votar y ser votados de los extranjeros no debe ser limitado bajo la excusa del lugar de nacimiento, eso sí, se pueden imponer ciertas condiciones o restricciones, como sería el permanecer durante un determinado lapso de tiempo, ya que los que votan son aquellos que van a someterse al gobierno que han decidido elegir. Otros derechos cuya universalidad es importante y urgente se haga efectiva son los de residencia o permanencia y, respecto del constitucionalismo de más reciente factura, el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas.

3. UN NUEVO PARADIGMA: POR UN CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL

Para proclamar en los hechos un verdadero universalismo de los derechos humanos, espera un largo y dificultoso sendero por andar: el camino no es llano. En realidad, los conceptos de ciudadanía y soberanía continúan operando. No obstante, ambas nociones han perdido mucho de su efectividad y legitimidad como medios para proporcionar paz interna e integración política y para garantizar derechos fundamen-

tales...³⁷ La historia por el reconocimiento de los derechos no ha sido una concesión tanto de los poderes públicos como privados, los cambios se han dado a través de rupturas institucionales.

Los derechos en la era de la globalización necesitan, exigen, nuevas técnicas de protección acordes con los procesos transnacionales actuales. Solo con un constitucionalismo mundial que evite la distinción entre hombre y ciudadano, subordinando a los Estados a las normas de derecho internacional, se podrá lograr la protección efectiva de los derechos humanos³⁸.

Lo anterior plantea una nueva visión del problema de las fuentes del derecho y las normas sobre la producción jurídica³⁹ que en este trabajo no podemos desarrollar, pero sería interesante analizar esa pluralidad de fuentes cuya sede ya no proviene del Estado. La pluralidad de fuentes supone uno de los aspectos sobre la crisis de la legalidad.

Resulta compatible, y viene a reforzar el discurso de la universalidad de los derechos, la configuración de una *sociedad mundial* que opere como sistema de presión y mecanismos de acción y que desmienta en buena medida, las artimañas, ataques y violaciones a los derechos. Junto con las Organizaciones No Gubernamentales y la Empresas transnacionales se proyectan los "*nuevos sujetos o actores de los derechos*".

El paradigma del constitucionalismo mundial al igual que la constituciones modernas⁴⁰ se

dividen en una parte dogmática o teleológica conformada, en primer lugar, por las declaraciones, pactos, tratados, convenciones etc., de carácter internacional relativos a la materia, y, de otra parte, por la orgánica conformada por los organismos y empresas transnacionales que pugnan por la protección de los derechos humanos.

El constitucionalismo mundial no está exento de aporías, a saber: la ausencia de garantías judiciales en el ámbito internacional; el cambio de lugar de las respectivas garantías constitucionales como consecuencia de la debilitación de la soberanía y la posibilidad de un derecho de asilo como contrapeso; sí bien débil, de la concepción estatalista de los derechos humanos derivada de la ciudadanía⁴¹. Estas son lagunas que deben subsanarse.

La configuración del constitucionalismo mundial exige acuerdos supranacionales, cuyas bases radiquen en la satisfacción de necesidades básicas; el planteamiento del diálogo intercultural, la protección del medio ambiente y el aseguramiento de una democracia cosmopolita que sería el símil del constitucionalismo mundial en el ámbito político⁴².

Consolidar y hacer efectivos vínculos jurídicos de tal magnitud puede parecer utópico y el panorama no es muy pesimista. El grado de realismo que se puede vislumbrar se da en tanto se considere dicho modelo como la única alternativa seria y fundada para el enfrentamiento de los derechos con el capital o, incluso, con

el Estado. Tal vez las condiciones sociales, políticas, jurídicas e incluso económicas del planeta no son del todo favorables. Empero, lo que resulta indiscutible es que ya constituye una realidad, y el primer paso firme, lo hemos dado con la Declaración Universal de 1948, la carta de la ONU 1945 y los sucesivos pactos de 1966, así como, en el ámbito regional, el proceso de integración Europea⁴³ que es una experiencia enriquecedora político-jurídica, de la cual debemos aprender inclusive de sus mismos errores para corregirlos, como podría ser la falta de legitimación en la creación de una esfera pública.

La dignidad humana exige el más alto grado de respeto, compromiso y garantía de los derechos que sólo una gran vertebración planetaria de vínculos jurídicos puede asegurar. El derecho (el social, no el del Estado) es el reflejo de la sociedad y sus condiciones, lo que hace necesario tender puentes para extender dichos vínculos.

Los nuevos retos de la globalización económica exigen un gran proyecto que satisfaga las nuevas expectativas de protección en torno a los derechos. El Estado no debe ser el único guardián o defensor de los derechos humanos –normalmente se encuentra en entredicho por las superpotencias o empresas transnacionales–; se debe conjugar una participación entre Estado y Sociedad civil en esta nueva era de los derechos.

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO: UNAS CUANTAS LÍNEAS

México es un buen ejemplo de sociedades complejas; ha sido y es receptor de individuos de distintas nacionalidades, por un lado, y por el otro, se conforma de minorías culturales como los pueblos indígenas que habitan en su territorio.

El Estado-Nación México es una realidad artificial cuyas políticas de construcción nacional empiezan a inducirse entre los primeros años de la vida independiente pasando por un proceso lento. Empero, la meta no fue alcanzada y es que este proceso de generación nacional se trató de construir a costa de las diversas identidades indígenas cuyas realidades existían antes del Estado y la colonización. El Estado Nación en México es un estado criollo y mestizo que siempre excluyó la diversidad cultural.

El artículo 2 de la Constitución vigente señala: "La Nación mexicana es única e indivisible... tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas...", Y nosotros nos preguntamos ¿cuál Nación? Incluso el artículo 27 de nuestra carta fundamental indica que la propietaria originaria de la tierra es la Nación. Si la construcción nacional supone una misma cultura, una misma lengua, una misma religión e, incluso, un pasado compartido, lo cierto es que en nuestro territorio difícilmente se ha correspondido con la realidad.

Es sorprendente ver cómo la *resistencia indígena* ha operado como coraza ante los intentos de un nacionalismo asimilador y destructor. Me atrevería a decir que el ordenamiento indígena forma parte cultural de un *derecho común americano*, una organización jurídica que ha operado paralela al Estado y que constantemente se recrea. Ese es el derecho (producto social) que nos arrebató el Estado moderno a los particulares y contra el cual ahora muchas veces conspiramos y somos poco tolerantes. Grossi⁴⁴ nos los hace recordar: autonomía en lugar de soberanía.

Se ha dado una *esterofilia crónica e inexistencia indígena*:⁴⁵ inexistencia indígena, porque a lo largo de casi dos siglos hemos hecho finta de que no existen, comenzando por su desaparición jurídica y política, los hemos condenado a una ausencia civil arrogándonos el derecho a representarlos legalmente...; esterofilia crónica, porque después de dos siglos, los mexicanos seguimos prefiriendo un derecho formal, estancado, rígido y venido de fuera, que a nuestros propios paisanos. El argumento del multiculturalismo indígena se presenta bajo la forma del derecho de libre autodeterminación en el que confluyen los problemas entre el derecho nacional y el derecho indígena

En el plano externo de la Nación, indocumentados mexicanos intentan cruzar la frontera de Estados Unidos en busca de mejores



condiciones de vida para ellos y sus familias por las condiciones miserables en las que se encuentran y que nuestro Estado no ha sido capaz de solventar. Discriminación, injusticia, abusos, privaciones de libertad o, incluso, la muerte constituyen constantes violaciones a sus derechos al margen de la impunidad.

Desde esta perspectiva es cuando vemos la conveniencia de la universalidad de los derechos al ver limitados y vulnerados los derechos de nuestros compatriotas bajo el argumento soberano y el prerrequisito o precondition para ser titular de derecho que es la ciudadanía.

En cuanto al ordenamiento constitucional, son muestra de deficiente regulación los artículos 1º, 2º, 4º y 27, y en cuanto a extranjería, resulta vergonzoso el artículo 33 constitucional el cual viola numerosos tratados internacionales. La constitución plural es un signo de los tiempos, son pactos de convivencia, tanto más justificados y necesarios, cuanto más conflictuales y heterogéneas son las subjetividades políticas,

económicas y sociales que está destinada a garantizar⁴⁶. En una sociedad pluralista la Constitución expresa un consenso formal⁴⁷.

Lo que verdaderamente hace falta es de ir construyendo la cultura de los derechos fundamentales, que no necesariamente tiene que ser una cultura jurídica aunque sea uno de sus principales puntos: se extiende al ámbito social y económico. Junto a esta cultura de los derechos paralelamente se debe ir amalgamando una cultura de la responsabilidad de los derechos, que se implican recíprocamente.

CONCLUSIONES

Un constitucionalismo mundial se presenta como un nuevo paradigma de Estado de derecho supranacional; es el eje fundamental para transitar de derechos del ciudadano a derechos de la persona humana; no es otra cosa que la puesta en práctica de la universalidad de los derechos humanos.

La universalidad de los derechos no choca con el otorgamiento de estatus jurídicos diferenciados a ciertos grupos sociales; es muestra de que la especificación le ha quitado la venda de los ojos al constitucionalismo (Clavero la denomina *ceguera constitucional*⁴⁸) de nuestros días al proteger la diversidad cultural de la que todos somos parte y de la que constituye una necesidad universal su protección.

En el caso de México como parte basilar de la reforma del Estado, la propuesta de un nuevo

Una cultura política liberal sólo constituye el denominador común de (o el medio cívico-político compartido en que se sostiene) un patriotismo de la Constitución, que simultáneamente agudiza el sentido para la pluralidad e integridad de las diversas formas de vida que conviven en una sociedad multicultural.

orden constitucional por vía pacífica en materia de derechos es una alternativa viable y urgente, ante la insuficiencia de la falta de capacidad normativa en la que se encuentra la Constitución de 1917. A mediano o largo plazo esperaremos la inserción al constitucionalismo mundial.

Carl Smith concibe la soberanía como una decisión política fundamental (aunque nunca señala que se entiende por aquella), es decir, es un principio inmodificable del texto constitucional. Con Ferrajoli nos hemos desembarazado de tal dogmatismo.

La visión de los derechos como universales –propia de la cultura occidental– no debe ser ecléctica, sino alimentarse de las demás culturas–. El diálogo y el debate están abiertos para la formación de la verdadera cultura de los derechos, del derecho por el derecho o, más correctamente, de los derechos por el derecho.

Carecemos de un pensamiento social importante que dé cuenta de la era post soberana y ciudadana. Desde la Constitución, cuanto antes es posible asegurar y establecer los derechos como vínculos y contenidos sustanciales (“vigencia”); de ello depende la validez de las normas dentro del Estado Constitucional que rompe el paradigma del viejo positivismo que identifica vigencia y validez bajo un mismo término. Los derechos humanos se han dibujado como tal

y como lo plantea la paradoja del maquillaje^{ay} y, por ende, es menester lograr una eficaz protección al tenor de lo expuesto.

Seguramente sobre cada tema y algunos puntos se podría un mayor desarrollo; empero, este breve apuntamiento pretende provocar una inquietud en el lector, dar ideas, para que juzgue y se comprometa con la idea de los derechos y sus problemas actuales.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce. La política del diálogo liberal. Gedisa, 2002.
- ALEXY, Robert, Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En: CARBONELL, Miguel (Edición), Neoconstitucionalismo(s). Madrid, Trotta, 2003.
- _____. Teoría del discurso y derechos constitucionales. México, Fontamara, 2005.
- BADILLO O’FARREL, Pablo (coord.). Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo. Reflexiones para un mundo plural. Madrid, Universidad de Andalucía- AKAL, 2003.
- BEUCHOT, Mauricio. Filosofía y derechos humanos. México. Siglo XXI, 1999.
- BOTERO BERNAL, Andrés. La jerarquía entre principios generales del Derecho: la historicidad y la culturalidad del principio de justicia. En: Revista de Derecho: Universidad del Norte. No. 23 (2005); p. 29-68.
- COSSIO, José Ramón, Dogmática constitucional y régimen autoritario. México, Fontamara, 1998.
- CALVILLO VELASCO, Miriam; CAMACHO RAMOS, María y MORA HEREDIA, Juan (compiladores). Democracia y ciudadanía en la sociedad global. México, UNAM, 2001.
- CARBONELL, Miguel. La Constitución en serio. México, Porrúa, 2002.
- _____. Los derechos fundamentales en México. Porrúa, 2005.
- _____. Elementos de derecho constitucional. México, Fontamara, 2004.
- _____. (compilador) Teoría constitucional y derechos fundamentales. México, CNDH,
- _____. y VÁZQUEZ, Rodolfo (compiladores). Estado constitucional y globalización. México, Porrúa, 2001.
- CAPELLA, Juan R. Elementos de análisis jurídicos. Madrid, Trotta, 2002.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime F. Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional. México, IJ-UNAM, 2000.
- CLAVERO, Bartolomé. Derecho indígena y cultura constitucional en América. México, S. XXI, 1994.

- DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio". España, Ariel, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y garantías. La ley del más débil. Madrid, Trotta, 2002.
- _____. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid, Trotta, 2005.
- _____. Epistemología jurídica y garantismo. México, Fontamara, 2005.
- _____. "Garantías", Jueces para la democracia. Madrid, núm. 38, julio de 2002, p 39.
- GROSSI, Paolo, Un derecho sin Estado. La autonomía como fundamento del orden jurídico medieval. Anuario mexicano de historia del derecho. México, UNAM, IX-1997.
- GUASTINI, Ricardo. Estudios de teoría constitucional. México. Fontamara, 2003.
- _____. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. En: CARBONELL, Miguel (Edición), Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2003.
- FIORAVANTI, Mauricio. El Estado moderno en Europa. Madrid, Trotta, 2004.
- NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. La persona en el derecho civil (Historia de un concepto jurídico). México, Porrúa, 2005.
- _____. Esterofilla crónica, inexistencia indígena (El indígena mexicano y la codificación). Revista Internacional de Derecho, Universidad Católica de Pernambuco, Brasil.
- _____. Apuntes para empezar a descifrar los destinatarios de los derechos humanos, España, Revista Telemática de Filosofía y Derecho, 2005.
- HÄBERLE, Meter. El Estado constitucional. México, UNAM, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Madrid, Trotta, 2000.
- HÄBERLE, Peter, HABERMAS, Jürgen, FERRAJOLI, Luigi y VITALE, Ermanno. La constitucionalización de Europa. México, Edición de CARBONELLI, Miguel y SALAZAR, Pedro, UNAM, 2004.
- KYMLICKA, Will y STRAEHLE, Christine. Cosmopolitismo, Estado-Nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente. México, IJ-UNAM, 2003.
- ORTIZ ORTIZ, Serafín. Garantías constitucionales. México, Cuadernos de Estudio UAT, 2003.
- ROSALES, José M. Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía: en defensa de un cosmopolitismo cívico. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- SQUELLA, Agustín. Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos. México, Fontamara, 2002.
- YTURBE, Corina. Constitución, globalización y ciudadanía. Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 12, México, ITAM abril de 2000, p. 37.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, ley, derechos, justicia. Madrid, Trotta, 2005.

NOTAS

- 1 COSTA. Prieto. Derechos, en el Estado moderno en Europa, Ed. de Maurizio Fioravanti, Madrid, Trotta, 2004, p. 45.
- 2 El carácter de universalidad constituye una de las piedras angulares del presente trabajo ya que es desde esta base de donde partimos el análisis de los antagonismos que se presentan para su verdadera y plena realización.

- 3 Sobre la historicidad y la concreticidad de los derechos: BOTERO BERNAL, Andrés. La jerarquía entre principios generales del Derecho: la historicidad y la culturalidad del principio de justicia. En: Revista de Derecho: Universidad del Norte. No. 23 (2005); p. 29-68.
- 4 Citado por CARBONELL, Los derechos en la era de la globalización, en CARBONELL, Estado constitucional y globalización. México, Porrúa, 2001, p. 326.
- 5 En este sentido Ferrajoli: En efecto, los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad en *droits*, en cuanto hace visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás... su universalidad... y su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto activa como pasiva, que los sustrae al mercado y a la decisión política... en Derecho y Garantías. La Ley del más débil, Madrid, Trotta, 2002, p. 23.
- 6 En BEUCHOT, Mauricio, Filosofía y derechos humanos, México, S XXI, 1999, pp. 158 y 159. Sobre este punto se recomienda ver: El fundamento de los derechos fundamentales, FERRAJOLI, Luigi, Madrid, Trotta, 2005. Igualmente, sobre los conceptos de “ciudadanía global” y “universalidad de los derechos” en Bobbio: BOTERO, Op. Cit., p. 32.
- 7 En este sentido CAPELLA, Juan Ramón... El saber tiene en nuestra vida una dimensión esencialmente práctica... ha nacido de nuestras prácticas..., la prueba última de cualquier saber consiste, justamente, en insertarlo en nuestra práctica, En: Elementos de análisis jurídicos, Madrid, Trotta, 2002, p. 12.
- 8 Sobre el concepto de persona se recomienda ver la excelente obra de José Ramón Narvárez Hernández, El concepto de persona en la historia del derecho civil. (Historia de un concepto jurídico), México, Porrúa, 2005.
- 9 Derivado de la universalidad de los destinatarios distingue entre derechos humanos absolutos y relativos, los primeros son aquellos oponibles indistintamente a un individuo, grupo social o Estado y los segundo a por los menos uno de ellos, CARBONELL, Op. Cit., p 326.
- 10 GUASTINI, Ricardo, Estudios de teoría constitucional, México, Fontamara, 2003, pp 220 y 221.
- 11 GUIASTINI, Ídem, p. 223.
- 12 ALEXY, Robert, Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático, Ed. Carbonell, Neoconstitucionalismo (s). Madrid, Trotta, 2003, pp. 311 a 36.
- 13 No es más que reconocer que la Constitución, la formal que bajo la idea de *complitud* se consideraba un texto omnicompreensivo se encuentra necesariamente incompleta lo que se ha dado en llamar *Vacuidad constitucional*.
- 14 En este mismo sentido CARBONELL, Los derechos fundamentales en México, México, Porrúa-CNDH, 2005, pp. 6 a 10.
- 15 Esta es la más importante definición de los derechos fundamentales de carácter, formal susceptible de ser aplicable a cualquier ordenamiento jurídico, expuesta por Ferrajoli; él mismo explica los elementos de la definición señalando que por *derecho subjetivo* se debe entender cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica y, por *estatus*, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas, FERRAJOLI, Op Cit, p. 37. Empero, Alexy señala que aunque una definición formal sea útil, no es suficiente para explicar la naturaleza de los derechos fundamentales; para ello se necesita de una definición sustancial. En: Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales en libro del mismo nombre, México, Fontamara, 2005, pp 47 a 70. La definición de Ferrajoli es del todo congruente con la clase de sujetos que son titulares de los derechos (persona, ciudadano o persona con capacidad de obra) empero, en los últimos años se ha entrado a la arena de la discusión del otorgamiento de derechos a favor de los animales por lo que si en años posteriores se otorgara una tutela efectiva a los mismos dicha definición ya no podría seguirse sosteniendo.

- 16 La Constitución es la ley fundamental dentro de un ordenamiento jurídico determinado, por ende, los derechos que ahí se encuentran regulados gozan de la cualidad de ser fundamentales; dicho aspecto deriva del plano de la dogmática constitucional. Ver además derechos fundamentales y crítica del derecho, En: FERRAJOLI, Epistemología jurídica y garantismo, México, Fontamara, 2005, pp, 283 a 299. En dicho análisis que utiliza Ferrajoli mediante los “cuatro niveles del discurso” se puede abordar el estudio de los derechos fundamentales y romper con la concepción de la clasificación y estudio de los mismos en generaciones –esta última que tiene su primigenia en un conocido ensayo de Marshall de 1950 denominado ciudadanía y clase social, propició una clasificación por épocas que trata de sistematizar y encajonar supuestamente según el momento histórico en que fueron surgiendo. Siguiendo ese esquema, sólo produce confusiones porque trata de explicar el desarrollo de los derechos como si fuera de una manera lineal, lo cual no es así-. Siguiendo a nuestro autor, el primer nivel del discurso trata de responder a la pregunta: ¿Cuáles los derechos que deberían garantizarse como fundamentales o que es justo garantizar como fundamentales? que corresponde a la Teoría de la justicia o Filosofía Política; el segundo se cuestiona: ¿Cuáles son los derechos fundamentales? corresponde a la dogmática jurídica, el tercer nivel se pregunta: ¿Qué son los derechos fundamentales? que corresponde a la teoría del derecho y el cuarto nivel se pregunta: ¿Cuales derechos, que grado de eficacia tienen en la realidad estos derechos? Lo que le corresponde a la Sociología y al Historicismo Jurídico.
- 17 También sobre el análisis de los derechos en un sentido similar al de Ferrajoli, ver: ORTIZ ORTIZ, Serafín, Garantías constitucionales, México, Cuadernos de estudio UAT, 2003.
- 18 FERRAJOLI, Derechos...Op. Cit., p. 25.
- 19 FERRAJOLI, L., “Garantías”, Jueces para la democracia, Madrid, núm. 38, julio de 2002, p. 39.
- 20 CARBONELL, Los derechos fundamentales..., Op. Cit, p. 9.
- 21 SQUELLA, Agustín, Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos, México, Fontamara, 1998, pp. 99 y 100.
- 22 Ambos procesos constituyen una unidad en cuanto resultan entidades que se incorporan al derecho interno, principalmente a través de una Constitución determinada y el derecho internacional, a través de las declaraciones, pactos y tratados internacionales.
- 23 CARBONELL, Miguel, La Constitución en serio, México, Porrúa, 2002, p19.
- 24 NÁRVAEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. Apuntes para empezar a descifrar los destinatarios de los derechos humanos, España, Revista Telemática de Filosofía y Derecho, 2005. También PINTORE, Ana, *Derechos insaciables*, En: Los Fundamentos de los derechos fundamentales, FERRAJOLI, Luigi, Madrid, Trotta, 2005, pp. 243 a 265 y BROWN, Wendy y WILLIAMS, Patricia, La crítica de los derechos, Colombia, Universidad de los Andes-Instituto Pensar-Siglo del Hombre Editores, 2003.
- 25 Si se insertaran una gran cantidad de derechos en los textos constitucionales, estos serán cuerpos voluminosos, siendo que la Constitución debe ser un documento básico, general, por lo que es menester introducir principios sustanciales que dentro del Estado constitucional constituyen la vigencia de las normas, regulan su contenido.
- 26 Lo que explica la creciente desconfianza frente a los poderes públicos en lo que toca a los derechos, siendo consecuencia de ello la necesidad de instaurar los segundos por encima de los primeros, y nada mejor para ello que la constitución: BOTERO, Op. Cit., p. 32-34.
- 27 COHEN, Jean L., Democracia y ciudadanía en la sociedad global, En: Democracia y ciudadanía en la sociedad global, CALVILLO VELASCO, Miriam; CAMACHO RAMOS, María y MORA HEREDIA, Juan (compiladores), México, UNAM, 2001, pp, 130 y 131.
- 28 Se recomienda ver KYMLICKA, Will y STRAEHLE, Christine, Cosmopolitismo, Estado-Nación y nacionalismo de las minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente, México, IJ-UNAM, 2003.

- 29 FERRAJOLI, derechos... Op. Cit., p. 125.
- 30 FERRAJOLI, Luigi, Mas allá de la Soberanía y la Ciudadanía, Estado Constitucional..., Op. Cit., p. 314.
- 31 Siguiendo a Guastini, el término “ciudadano” puede asumir dos significados diferentes: 1. Primer significado: es ciudadano todo aquel que no es extranjero, todo aquel que, en el ámbito de un sistema jurídico determinado, posee ciudadanía, en sentido técnico-jurídico. 2. Segundo Significado: es ciudadano cualquier miembro de las “sociedad civil” en cuanto realidad diferente de, y opuesta, a la “sociedad política”, es decir, al Estado (el ordenamiento jurídico), GUASTINI, Op . Cit. pp. 224 y 225.
- 32 Existen *tres tipos de minorías* que el constitucionalismo tutela, el ser humano en lo individual, las minorías políticas y las minorías culturales y étnicas que son sobre las que se analiza en este trabajo, Ver Carbonell, Miguel, En: Elementos de derecho constitucional. Minorías, México, Fontamara, 2004. p. 37 a 54.
- 33 FERRAJOLI, Mas alla de la soberanía ... Op. Cit, p. 316
- 34 La universalidad de los derechos es una visión o concepción del mundo occidental que no es compartida por las demás culturas, pero que obliga al dialogo racional.
- 35 HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, Madrid, Trotta, 2000, p. 628.
- 36 HABERMAS, Op. Cit., p. 643. También ROSALES, José M., Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía: En: Defensa de un cosmopolitismo cívico, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- 37 FERRAJOLI. Más allá de la soberanía..., Op. Cit, p. 313 y 314.
- 38 YTURBE, Corina. Constitución, Globalización y Ciudadanía. Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 12, México, ITAM abril de 2000, p 37.
- 39 Sobre las fuentes y las normas sobre la producción se recomienda ver las obras de Carbonell, Miguel, Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México, México, Porrúa, 200; DE OTTO, Ignacio, Derechos Constitucional. Sistema de Fuentes, Ariel y D’AGOSTINI, Op Cit.
- 40 En el constitucionalismo moderno las constituciones se dividen generalmente en una parte orgánica y otra dogmática tomando como base el artículo 16 de la Declaración de 1789 con lo cual se establece el “*contenido mínimo*” de toda Constitución al señalar que en toda sociedad en la que no estén aseguradas la garantía de los derechos ni la división de poderes carece de Constitución.
- 41 FERRAJOLI, Estado Constitucional... Op. Cit., pp. 319 a 322.
- 42 Ver PISARELLO, Gerardo, Globalización, Constitucionalismo y Derechos, En: CARBONELL, Estado Constitucional... Op. Cit., pp, 252 a 260.
- 43 Ver HÄBERLE, Peter, HABERMAS, Jürgen, FERRAJOLI, Luigi y Vitale, Ermanno, La Constitucionalización de Europa, México, Edición de CARBONELL, Miguel, y SALAZAR, Pedro, UNAM, 2004.
- 44 GROSSI, Paolo, Un derecho sin Estado. La autonomía como fundamento del orden jurídico medieval, Anuario mexicano de historia del derecho, México, UNAM, IX- 1997.
- 45 NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. Esterofilia crónica, inexistencia indígena (El indígena mexicano y la codificación), Revista Internacional de Derecho UNICAP BR, p. 2.
- 46 FERRAJOLI, citado por CARBONELL, en la Constitución... Op. Cit. p. 28.
- 47 HABERMAS, Op. Cit. p 624.
- 48 CLAVERO, Bartolomé. Derecho indígena y cultura constitucional en América, México, S. XXI, 1994.