

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

LA FAMILIA EN EL CONTEXTO JURÍDICO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD
Enna Espinosa

EL ENREDO SEMÁNTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS
Ana Gaitán Uribe

UNA MIRADA A LA VIGENCIA EFECTIVA DEL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS
PRIVADAS DE LIBERTAD EN LA REPÚBLICA DE ARGENTINA
Gabriela García Minella

HACIA UN REDIMENSIONAMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES
Víctor Malpartida Castillo

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO DE
LAS PERSONAS MIGRANTES EN ARGENTINA
Santiago Roca

LA CONSOLIDACIÓN DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN MÉXICO, EN EL SIGLO XXI.
INTERPRETACIÓN Y EXPERIENCIA JUDICIAL, DESDE LA PERSPECTIVA
DE LOS DERECHOS HUMANOS. REALIDAD SOCIAL Y
FILOSOFÍA POLÍTICA, CON UN ENFOQUE DIFERENCIADO
Josué San Miguel Mora

El PROCESO DE SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:
BREVE RECORRIDO POR LAS RESOLUCIONES EMITIDAS ENTRE 2013 Y 2016
Natalia Urbina

Enero - Junio 2017

65

Enero - Junio 2017



REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca

Impresión litográfica: Versalles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
La familia en el contexto jurídico social de la discapacidad	11
<i>Emna Espinosa</i>	
El enredo semántico de los derechos humanos	69
<i>Ana Gaitán Uribe</i>	
Una mirada a la vigencia efectiva del derecho a la salud de las personas privadas de libertad en la República de Argentina	101
<i>Gabriela García Minella</i>	
Hacia un redimensionamiento de los derechos humanos laborales	167
<i>Victor Malpartida Castillo</i>	
El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina	215
<i>Santiago Roca</i>	
La consolidación de la jurisdicción indígena en México, en el siglo XXI. Interpretación y experiencia judicial, desde la perspectiva de los derechos humanos. Realidad social y filosofía política, con un enfoque diferenciado	281
<i>Josué San Miguel Mora</i>	

El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016 329
Natalia Urbina

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 65 de su Revista IIDH, publicada ininterrumpidamente desde 1985. Esta edición ofrece los artículos de exalumnos y exalumnas del XXXIV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, efectuado en 2016. Se trata de Emna Espinosa, panameña; Ana Gaitán Uribe, mexicana; Gabriela García Minella, argentina; Víctor Malpartida Castillo, de Perú; Santiago Roca, de Argentina; Josué San Miguel Mora, mexicano; y Natalia Urbina, de Argentina.

En su artículo “La familia en el contexto jurídico social de la discapacidad”, Emna Espinosa explica la necesidad de adoptar los enfoques inclusivo, diferencial, de género y de derechos en la formulación de políticas públicas para la protección efectiva de los derechos humanos de las unidades familiares en las que haya una o más personas con discapacidad. Por su papel primordial en la educación y la socialización de sus integrantes, en las políticas sociales de atención a las personas con discapacidad se debe responder al principio que sitúa a la familia como su núcleo primario de pertenencia y principal cuidadora, para que sean capaces de configurar una vida autónoma e independiente mediante el acceso a oportunidades para su desarrollo integral.

Por su parte, Ana Gaitán en “El enredo semántico de los derechos humanos” aborda la polémica surgida alrededor de la llamada proliferación de derechos –todo puede ser definido como derecho– frente a la consideración de que son un conjunto cerrado, analizando su naturaleza y evaluando si la primera

postura se debe a una insuficiente comprensión conceptual. En su análisis, se basa en las distintas corrientes filosóficas que definen lo que son los derechos humanos, cuestión para la cual aparentemente no hay límites ni medida; asimismo, revisa su justiciabilidad y exigibilidad, la introducción de intereses colectivos y los derechos vistos como el resultado de un esfuerzo colectivo.

En “Una mirada a la vigencia efectiva del derecho a la salud de las personas privadas de libertad en la República de Argentina”, artículo de Gabriela García Minella, a partir del análisis de los parámetros de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC y el proceso de reconocimiento jurídico del derecho a la salud en su país, la autora describe su alcance y vigencia respecto de las personas privadas de libertad en el contexto de las condiciones carcelarias. Sus fuentes son la legislación vigente tanto nacional como internacional, informes de organizaciones de la sociedad civil, fallos judiciales nacionales recientes, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incorporada al derecho interno mediante el ejercicio del control de convencionalidad.

En “Hacia un redimensionamiento de los derechos humanos laborales”, Víctor Malpartida analiza la materialización de la obligatoriedad de los derechos humanos laborales –cuya justiciabilidad suele ser objeto de debate– en el sistema interamericano, visto este en sus dimensiones normativa e institucional. Conceptualiza los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) así como su tratamiento diferenciado respecto de los civiles y políticos, que es su principal problema pese a la indivisibilidad de los derechos humanos; recorre los distintos instrumentos que contienen los derechos humanos laborales y el tratamiento que les ha dado en ciertos fallos la Corte

Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), instancia que ha actuado –asegura el autor– “de la manera más imaginativa” respecto de los DESC.

En “El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina”, de Santiago Roca, se parte de la constatación del incremento de los flujos migratorios debido a –entre otras causas– al “aumento de las desigualdades entre los países, así como por la proliferación de conflictos y guerras civiles”, y el consecuente sufrimiento y vulnerabilización de quienes emigran, particularmente las mujeres.

Señala además que, pese a la existencia de normativa específica de protección, también se han incrementado las violaciones de los derechos humanos de esta población. Al abordar los derechos de las personas migrantes y las obligaciones estatales, analiza las distintas normas en este campo dentro de la República de Argentina, cómo afectan su derecho de acceso a la justicia y la respectiva jurisprudencia.

En “La consolidación de la jurisdicción indígena en México, en el siglo XXI. Interpretación y experiencia judicial, desde la perspectiva de los derechos humanos. Realidad social y filosofía política, con un enfoque diferenciado”, Josué San Miguel Mora sostiene que es “imprescindible que se reconozca expresamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la jurisdicción indígena y se cree un marco regulatorio que la haga efectiva, para evitar la discriminación de la que son víctimas [...]”. Sustenta su postura en que son insuficientes las resoluciones judiciales adoptadas con base en el artículo 2 constitucional; asimismo, argumenta que el derecho indígena es un derecho de los pueblos consagrado en diversos instrumentos nacionales e internacionales.

En su trabajo, titulado “El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por las resoluciones emitidas entre 2013 y 2016”, Natalia Urbina examina dicho procedimiento enfocándose en sus diversas facetas, a saber: la justicia eficaz, el efecto útil de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la impunidad, la Organización de los Estados Americanos respecto del artículo 65 de la CADH, el control de convencionalidad, las reparaciones y los recursos financieros de los que dispone la Corte IDH para efectuarlas. En su análisis se reflejan las dificultades que se enfrentan en el cumplimiento de sentencias y resoluciones del tribunal interamericano, que disminuyen su eficacia y menoscaban la protección a las víctimas.

Además de agradecer a las autoras y autores de los artículos reseñados –cuya contribución ha hecho posible una nueva edición de la Revista IIDH– le invito a que nos envíe su aporte a este esfuerzo pionero en la región dirigido a difundir doctrina, jurisprudencia y estudios diversos sobre los derechos humanos que dio paso a la primera publicación periódica en la materia, mantenido desde 1985 con dos números anuales.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH

El enredo semántico de los derechos humanos

*Ana Gaitán Uribe**

Introducción

En la arena internacional, el lenguaje de los derechos humanos tiende a dominar el debate político. Los derechos son utilizados como una sólida base para imponer obligaciones estatales y hacer exigibles demandas, pero nuestro entendimiento del concepto es notoriamente frágil¹. Como consecuencia de lo anterior, en los últimos años, distintas voces se han alzado en contra de lo que perciben como una designación indiscriminada de intereses colectivos, vagos y poco claros, como derechos humanos. Por lo que se considera que, actualmente, existe el riesgo de convertir a los derechos humanos en retórica que solo sea útil para logros políticos.

* Maestra en Derecho con especialización en derechos humanos por la Universidad de Columbia, Nueva York, y licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente labora como asesora jurídica para la delegación de México, América Central y Cuba del Comité Internacional de la Cruz Roja. Ha trabajado como abogada en la Red en Defensa de los Derechos Digitales (R3D); pasante en la sexta comisión de la Misión Permanente de México ante las Naciones Unidas; profesional operativa en la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y asistente de investigación en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

1 *Cfr.* Dworkin, Ronald. “*The Model of Rules*”, en *University of Chicago Law Review*, Vol. 35, N° 1, 1967, pág. 14.

El presente trabajo analizará la naturaleza de los derechos humanos, para evaluar si su proliferación se debe a inadecuadas definiciones de un concepto polifacético. Asimismo, se examinarán las objeciones que se han realizado con respecto a la expansión y dilución de los derechos humanos, explorando dos principales preocupaciones. Por un lado, la postura de que representan un núcleo duro de derechos fijos y limitados; por otro, la contienda de que cuando todo puede ser definido como un derecho humano, el precio por violarlos es bajo².

Para determinar si la proliferación de un nuevo conjunto de demandas de “derechos humanos” se basa en una categorización inapropiada, el estudio requiere analizar las consecuencias de su expansión. Es decir, el trabajo no solo abordará la preocupación de que su expansión reste de valor a los derechos humanos, sino que también se centrará en las posibles ganancias materiales para aquellas demandas que no fueron previamente enmarcadas en la dialéctica de los derechos humanos.

I. Génesis de los derechos: ¿Contamos con un conjunto claramente definido y constreñido de derechos humanos?

Una cuestión preliminar a resolver al momento de analizar la proliferación de los derechos humanos, es el cuestionamiento sobre si los mismos deben abarcar un conjunto fijo y limitado de derechos. Dicha posición parece inclinarse por el entendimiento de los derechos humanos como consideraciones metaéticas, con valores intrínsecos. Las teorías naturalistas los consideran como principios morales universales, válidos en todos los tiempos y

2 Cfr. Mchangama, Jacob y Verdirame, Guglielmo. “*The Danger of Human Rights Proliferation*”, en *Foreign Affairs*, 24 de julio de 2013, pág. 3.

lugares. Así, las determinaciones particulares de estos principios pueden variar debido a factores contextuales y legales, pero los principios por sí mismos se mantienen siempre y en todos lados iguales³.

Esta perspectiva presenta un gran problema. No tenemos una fórmula preestablecida para determinar cuántas y qué tipo de demandas pueden ser consideradas como derechos humanos; aún menos para determinar su valor o peso en un particular orden de magnitud⁴. En otras palabras, no hay un razonamiento deductivo que podamos emplear para establecer con claridad que en una situación particular hay un derecho⁵.

Por el contrario, la génesis de los derechos humanos ha sido un asunto de disputa e incertidumbre. Las interrogantes sobre su naturaleza, necesariamente nos llevan a asumir alguna de las posiciones filosóficas que rinden cuenta sobre los mismos. Por ejemplo, desde una perspectiva positivista los derechos humanos son protecciones institucionales contra riesgos estándares –razonablemente predecibles– de intereses urgentes⁶. Las constituciones o los procesos de adjudicación provén de un conjunto de derechos legales individuales relacionados con la libertad de expresión, el debido proceso, la protección igualitaria y cláusulas similares. Bajo la postura positivista, los derechos humanos requieren de validez legal y soporte institucional.

3 Cfr. Waluchow, Wilfrid. “*Inclusive legal positivism*”, en *Oxford University Press*, NUEVA YORK, 23 DE JUNIO DE 1994, PÁG. 146.

4 Cfr. Dworkin, Ronald. “*The Model of...*”, pág. 41.

5 Cfr. Hart, Herbert Lionel Adolphus. “*The Concept of Law*”, en *Oxford University Press*, 2ª ed., Estados Unidos de América, 3 de noviembre de 1994, pág. 106.

6 Cfr. Beitz, Charles. “*The Idea of Human Rights*”, en *Oxford University Press*, Estados Unidos de América, 9 de septiembre de 2011, pág. 110.

En contraste, para los llamados “moralistas objetivistas”, el tener únicamente los derechos humanos que el gobierno escoge conceder es no tener derechos humanos en lo más mínimo⁷. Por tanto, se corre el riesgo de que los derechos humanos que no se han institucionalizado se vuelvan dependientes de las características institucionales específicas de los derechos legales⁸. Por ejemplo, surgen controversias con respecto a nuestras nociones de los derechos cuando uno nuevo llega a una Corte sin una ley o precedente que lo otorgue o niegue, pero con una percepción mayoritaria de la sociedad de que dicho derecho le pertenece con base en consideraciones morales⁹. Por lo que, incluso si los derechos humanos se sustentan y garantizan a través de las instituciones legales, sus conexiones con esas instituciones “no son tan directas como para ser enmarcadas como el criterio para su existencia”¹⁰.

Similarmente, un tercer acercamiento sostiene que las fuerzas sociales moldean y configuran el derecho¹¹. Los derechos humanos son un fenómeno social cuyo significado depende de la manera en la que se involucren sus múltiples participantes¹². Sin embargo, las personas que creen en los derechos fundamentales usualmente creen también que estos no derivan de prácticas sociales que los reconozcan e implementen¹³.

7 Cfr. Dworkin, Ronald. “*Taking Rights Seriously*”, en *Harvard University Press*, Estados Unidos de América, 1977, pág. 303.

8 Cfr. Raz, Joseph. “*Legal Rights*”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 4, N° 1, 1984, pág. 2.

9 Cfr. Dworkin, Ronald. “*The Model of...*”, pág. 14.

10 *Ibid.*, pág. 42.

11 Cfr. Cohen, Felix. “*Transcendental Nonsense and the Functional Approach*”, en *Columbia Law Review*, Vol. 35, N° 8, junio 1935, págs. 812-817.

12 Cfr. Beitz, Charles. “*The Idea of...*”, pág. 106.

13 Cfr. Raz, Joseph. “*Legal Rights*”, pág. 4.

Consecuentemente, las respuestas a cualquier cuestionamiento acerca de los derechos humanos y de lo apropiado de su proliferación, dependen de la posición desde la que los observemos: ¿Los derechos se reconocen o se crean? ¿Hay y puede haber nuevos derechos a ser descubiertos (ley natural) o, creados legalmente (positivismo) y/o debido a las demandas de nuestra sociedad (realismo)?

En suma, el problema toral cuando estamos discutiendo la proliferación de los derechos humanos, es que no hay una regla de reconocimiento de los mismos. Los derechos humanos no esperan a que nosotros los etiquetemos cuidadosamente y su clasificación legal no viene escrita en los mismos para simplemente ser leída por el juez¹⁴. Por tanto, el sostener que existe un núcleo duro, determinable y estático de derechos humanos elevado a tal calidad en razón de su relación con normas superiores, nos lleva a incurrir en argumentos lineales y absolutistas.

Asimismo, no podemos reducir a los individuos a recipientes pasivos de valores predefinidos, en vez de considerarlos como agentes que le dan forma a sus condiciones de vida y que se involucran en la interpretación de sus necesidades¹⁵. Si bien lo que significa ser un humano atiende en gran medida al concepto de dignidad humana, la noción de una base fija, predeterminada y no negociable puede omitir la ineludible consideración de necesidades básicas de subsistencia y seguridad de las personas.

Gran parte de nuestros pensamientos, principios de acción y vida social descansan en factores contingentes que un día pueden

14 Cfr. Hart, Herbert Lionel Adolphus. “*Positivism and the Separation of Law and Morals*”, en *Harvard Law Review*, Vol. 71, N° 4, 1958, pág. 607.

15 Cfr. Rist, Gilbert. “*The History of Development: from Western Origins to Global Faith*”, en *Zed Books*, 2ª ed., Londres y Nueva York, 2002, págs. 167 y 168.

cambiar¹⁶. De acuerdo con Jerome Frank, incluso en una sociedad relativamente estática, nunca hemos podido construir un conjunto de reglas comprensivas y eternas que prevean todas las futuras permutaciones y combinaciones de eventos; por lo que, existirán situaciones destinadas a ocurrir que no habíamos contemplado¹⁷.

En la misma línea, conforme a Amartya Sen, el alcanzar un acuerdo universal sobre un núcleo mínimo de derechos objetivamente definido, es inconsistente con la diversidad de sociedades; no solo por la variedad de recursos, sino también por las diferentes expectativas culturales que puedan correr en paralelo para influenciar la decisión¹⁸.

Así, múltiples debates existen sobre los derechos fundamentales que tenemos como individuos, lo que los mismos comprenden así como aquello que compelen a las autoridades a hacer. Dentro de estas discusiones tienen particular relevancia las justificaciones éticas gobernantes, mismas que deben ser inmunes a las decisiones políticas de corto plazo o a los análisis de costo-beneficio.

En conclusión, el reducir los derechos humanos a un núcleo esencial previamente configurado amenaza conceptos más amplios –como el de los derechos económicos y sociales– y pretende dar a los derechos una característica de determinación de la que carecen. Más que buscar núcleos esenciales de derechos fijos y predeterminados, tal vez debamos dirigir nuestra atención hacia los ámbitos donde existe consenso en cuanto a que estamos en presencia de un derecho y sobre la debida interpretación del contenido del mismo.

16 Cfr. Hart, Herbert Lionel Adolphus. “*Positivism and...*”, pág. 622.

17 Cfr. Frank, Jerome. “*Law and the Modern Mind*”, en *Brentano's*, Estados Unidos de América, 1930, pág. 6.

18 Cfr. Sen, Amartya. “*Inequality Reexamined*”, en *Oxford University Press*, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, 1992, pág. 115.

II. Justiciabilidad y exigibilidad de los derechos humanos

Las objeciones contra la proliferación de los derechos humanos, también se centran en el problema de utilizar su discurso como soporte de intereses que –se considera– son ambiguos. La crítica hace alusión principalmente a los denominados derechos de la tercera generación. Una de las posturas en este sentido es que estamos permitiendo a “Estados no liberales cambiar el foco de núcleos de libertades a derechos vagos y conceptualmente poco claros que no le dan una obligación concreta a los Estados”¹⁹.

El argumento tiende a relacionarse con la presunta dicotomía entre derechos “negativos” y “positivos”. Así, dichas demandas son vistas como metas potenciales o aspiraciones cuya violación –al no demarcar las obligaciones del Estado, principalmente en comandos para abstenerse– no conlleva la misma justiciabilidad y/o exigibilidad de los derechos humanos, por lo que restan de valor práctico a los mismos al sumarse a su categorización.

En efecto, el derecho constitucional suele reconocer únicamente derechos “negativos”. La correlativa relación entre derechos humanos y sus garantías, es más fácilmente alcanzada cuando el gobierno es requerido para abstenerse de interferir o restringir innecesariamente las libertades de las personas; por ejemplo, a no torturar. No obstante, el discurso de los derechos está permeándose de demandas políticas y sociales.

En esta línea, se ha hablado mucho de reformular los derechos económicos, sociales y culturales en términos de los derechos de primera generación. Por ejemplo, manejar el derecho a la salud como una violación del derecho a la vida o a la integridad personal. Así, algunas veces estos derechos son reducidos a una

19 Mchangama, Jacob y Verdirame, Guglielmo. “*The Danger of...*”, pág. 2.

variación compleja de los derechos de primera generación, pues es más fácil asegurar su protección cuando exigimos del Estado comandos sencillos de hacer o abstenerse.

Los estándares legales comunes, en oposición a los fines progresivos (posibilidad de implementar derechos sobre el tiempo dependiendo de los recursos), crean un nivel de justiciabilidad mínimo pero seguro²⁰. Se exigen esfuerzos moderados pero factibles a los Estados, que permiten la redistribución de recursos en vez de esfuerzos extensivos que requieran de asistencia y cooperación internacional.

En efecto, uno de los inconvenientes cuando enmarcamos en el lenguaje de los derechos humanos las necesidades de sociedades específicas, es que los gobiernos tienen que asumir un papel activo que no puede organizarse exclusivamente en obligaciones de no hacer, sino más en esfuerzos cooperativos. Tienen que realizar reformas masivas y costosas, tanto social como económica e institucionalmente. Estas empresas colectivas de largo plazo, con resultados inciertos, requieren “un gran esfuerzo de inversión social y supervisión gubernamental”²¹.

Aunado a esto, puede existir una alta disparidad entre países con respecto a la posibilidad de cumplimiento de sus deberes. En palabras de Fawcett, incluso con voluntad política, “no todos los países o todas las exigencias [entendidas como necesidades o demandas en movimiento] están de ninguna manera en la misma etapa del proceso”²². Por ejemplo, condiciones de escasez

20 Cfr. Young, Katharine. “*The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*”, en *The Yale Journal of International Law*, Vol. 33, N° 1, 2008, pág. 121.

21 Buchanan, Allen. “*The Heart of Human Rights*”, en *Oxford University Press*, Estados Unidos de América, 2013, pág. 162.

22 Fawcett, James. “*The International Protection of Human Rights*”, en *Political Theory and the Rights of Man*, ed. D.D. Raphael, *Bloomington: Indiana University Press*, 1967, pág. 125.

en donde no hay suficiente suministro o abasto de bienes, hacen imposible que los gobiernos puedan satisfacer las necesidades de todos. Así, existen innumerables situaciones en las que estos derechos no podrán ser efectivamente ejercidos.

En la misma línea, parece que este tipo de derechos no establecen condiciones para que su ejercicio y cumplimiento sean necesarios o, incluso, posibles. El argumento es que se menoscaba la importancia de los derechos humanos al abrir un campo para que su violación sea inevitable, pues siempre podrá haber otras consideraciones o contrainstancias para que los derechos no prevalezcan. Por lo que, estas demandas serían mejor concebidas como metas políticas que requieren que los gobiernos vayan en cierta dirección.

La objeción no es irrelevante. Si no dotamos a los derechos humanos de una apropiada fuerza de ley, los mismos se mantendrán meramente como cheques políticos o morales. En palabras de Fuller: “Si, como a veces parece ser el caso, las leyes [...] se mantienen en registros como una especie de acto simbólico, con el conocimiento de que no serán y no pueden ser implementadas, su legalidad moral se ve seriamente afectada. No habrá manera de poner en cuarentena el contagio o prevenir la propagación a otras partes del sistema legal. Es, desafortunadamente, una técnica política común el aplacar un interés con la expedición de una ley y el calmar un interés opuesto dejando dicha ley inexigible”²³.

23 Traducción de la autora al español del siguiente texto: “[A]re kept on the books as a kind of symbolic act, with the knowledge that they will not and cannot be enforced, legal morality is seriously affected. There is no way to quarantine this contagion against a spread to other parts of the legal system. It is unfortunately a familiar political technique to placate one interest by passing a statute, and to appease an opposing interest by leaving the statute largely unenforced”. Fuller, Lon. “*The Morality of Law*”, en *Yale University Press*, Estados Unidos de América, 1964, pág. 237.

Existe una absoluta necesidad de contar con los medios adecuados para hacer exigible el cumplimiento de los derechos humanos²⁴. Necesitamos proveer más intensamente de remedios para garantizarlos o para evitar males definitivos. Cuando los derechos no pueden ser justiciables y/o exigibles, tienden a salirse de las consideraciones políticas; se perciben solo como exigencias de buenas intenciones, pero sin ningún valor práctico.

Un énfasis en los deberes requeridos para implementar los derechos, más que en los elementos de los derechos por sí mismos, propicia estrategias institucionales realistas para la protección de dichos derechos. Es decir, genera soluciones de lo que en realidad se requiere para posibilitar la protección de las personas contra las violaciones de sus derechos²⁵.

En conclusión, la objeción en cuestión descansa primordialmente en la presunción de que la identificación de los derechos humanos con un conjunto de demandas que no pueden ser justiciables, menoscaba el carácter de los derechos humanos como un todo. Así, la diferencia central entre derechos humanos y otro tipo de demandas –mismas que son indebidamente catalogadas como derechos humanos– pareciese ser su exigibilidad y justiciabilidad. Es decir, contrario a dichas demandas, los derechos humanos “disponen consecuencias legales que serán consecuencias inmediatas cuando las condiciones previstas no se cumplen”²⁶. En este sentido, los derechos humanos serían aplicables con una perspectiva de todo o nada.

24 Cfr. Dicey, Albert. “Introduction to the Study of the Law of the Constitution”, en *Liberty Fund*, Estados Unidos de América, 1992, pág. 155.

25 Cfr. Shue, Henry. “Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy”, en *Princeton University Press*, 2ª ed., Estados Unidos de América, 1996, pág. 160.

26 Dworkin, Ronald. “The Model of...”, pág. 25.

Sin embargo, el razonamiento anterior presenta una falla importante: no aplica para ningún tipo de derecho. De acuerdo a Hart, los derechos humanos “no deberían ser entendidos como algo ‘absoluto’, ‘imprescriptible’ o ‘irrevocable’ porque ningún hombre tiene un derecho absoluto o incondicional. Los derechos no dictan el resultado, como si nada más contara. Pueden ser sujetos de balances y ponderaciones, particularmente cuando los intereses de dos derechos colisionan. Aún más, el tener un derecho no es simplemente beneficiarse por el cumplimiento de un ‘deber’. Esto ni es suficiente, ni una condición necesaria para tener un derecho”²⁷.

Adicionalmente, no todos los derechos legales están protegidos por medidas que garanticen su cumplimiento y no todos los titulares de derechos tienen poderes legales para invocar dichas medidas protectoras²⁸. Raz ha sostenido que hay derechos y obligaciones legales que no pueden ser hechas exigibles y violaciones que no dan pie a acciones, sanciones o remedios²⁹. Por tanto, los derechos humanos no aseguran control sobre su correspondiente obligación: sobre un poder legal para tomar acciones legales protectoras³⁰.

27 Traducción de la autora al español del siguiente texto: “[human rights] should not be understood as something ‘absolute’, ‘imprescriptible’ or ‘indefeasible’ because no man has an absolute or unconditional right. Rights do not dictate the result, as if nothing else counted. They can be subjected to balancing, particularly when the interests of two rights collide. More so, to have a right is not simply to benefit by the performance of a ‘duty’. This is neither a sufficient, nor a necessary condition of having a right”. Hart, Herbert Lionel Adolphus. “Are There any Natural Rights?”, en *Philosophical Review*, Vol. 64, N° 2, 1955, pág. 176.

28 Cfr. Raz, Joseph. “Legal Rights”, pág. 3.

29 Cfr., *ibid.*

30 Cfr., *ibid.*, pág. 4.

No podemos entender los derechos humanos meramente sobre la base del remedio apropiado ante su violación o de los medios disponibles para su exigibilidad y justiciabilidad. Los derechos no tienen que ser funcionales para ser considerados importantes. Cuando un derecho humano no está siendo protegido, no procede abandonarlo o alegar que está derogado. Su importancia depende de un enfoque de “portadores de derechos humanos”, en donde los derechos son derechos humanos por la dignidad humana de las personas³¹. Es más: si un derecho particular no es garantizado, esto no debe menoscabar el sistema de los derechos humanos como un todo. En palabras de Williams, “la sutileza de la inestabilidad real de los derechos no vuelve inutilizable su persona de estabilidad”³².

Por tanto, el enfoque dirige indebidamente la atención únicamente a los retos de responsabilizar a los Estados por la violación de derechos; a evaluar si los Estados están en la posición de cumplir o no con el objetivo. Asimismo, se centra en una estrategia de derechos minimalista (núcleo base de derechos, de fácil garantía), para que se obtengan mayores ganancias al minimizar los objetivos a cumplir.

Igualmente, establece una errónea dicotomía entre derechos “positivos” y “negativos”, especialmente cuando consideramos que todos los derechos –civiles políticos, económicos, sociales y culturales– contienen deberes correlativos para que los Estados tanto se abstengan (“negativamente”) como lleven a cabo

31 Cfr. Waldron, Jeremy. “Human Rights: A Critique of the Raz/Rawls Approach”, en *Philosophy of Human Rights*, ed.: Etinson, Oxford University Press, 2015, pág. 2.

32 Traducción de la autora al español del siguiente texto: “[t]he subtlety of rights’ real instability thus does not render unusable their persona of stability”. Williams, Patricia. “The Alchemy of Race and Rights”, en *HARVARD UNIVERSITY PRESS*, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, 1992, pág. 436.

(“positivamente”) ciertos actos en ciertas circunstancias³³. En esta línea, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha insistido en que la realización paulatina de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales requiere que se tomen medidas “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas”³⁴. Lo anterior implica que los correlativos deberes de los derechos no son ambiguos ni de imposible realización, pero sí son intrínsecamente policéntricos y requieren de distintas conductas por parte de los Estados.

Ahora bien, si el cuestionamiento radica en una visión pragmática en donde el valor de los derechos reside en su justiciabilidad, en las capacidades institucionales de los Estados para garantizarlos, en su disponibilidad y en su accesibilidad, entonces un apropiado análisis debe considerar no solo las consecuencias indeseables de dicha categorización, sino también los alcances y repercusiones positivas. Y, en esta línea, es importante considerar que el trasladar necesidades a derechos puede traer un sentido de empoderamiento, mismo que definirá la relación del individuo con la ley y el derecho³⁵.

33 Cfr. Young, Katharine. “The Minimum Core of...”, pp. 151 y 152.

34 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación general N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, Reporte de la Quinta Sesión, N° 3, Anexo III, Naciones Unidas, 10, Doc. UN E/1991/23 (1991), párr. 2.

35 Cfr. Williams, Patricia. “The Alchemy of...”, pág. 435.

III.El costo social de introducir intereses colectivos a la dialéctica de los derechos humanos

Para los realistas, “la presente tendencia en el derecho es alejarse de la seguridad estática –la preservación de derechos establecidos anteriormente– hacia una seguridad dinámica –la protección de hombres comprometidos en nuevas empresas–”³⁶. En esta línea, ha habido una inclinación hacia asimilar e identificar las necesidades básicas con los derechos humanos. Dicha tendencia ha diluido la distinción entre derechos humanos y otras demandas, al construir o “disfrazar” derechos humanos como metas sociales.

El problema es que los derechos humanos no son meras cuestiones políticas. Una política es “un estándar que determine una meta a ser alcanzada, generalmente una mejora en algún componente económico, político o social de la comunidad”³⁷. Discutiblemente, los derechos humanos son razones de justicia o de cualquier otra dimensión de la moralidad y, por tanto, no están asegurados simplemente porque avanzarán o asegurarán un objetivo o fin deseable.

Existe un sentido de titularidad o pertenencia enlazado a los derechos humanos. El tener un derecho es tener un “interés suficientemente fundado [razones seriamente consideradas] para hacer a otro sujeto de un deber”³⁸. Los derechos son típicamente concebidos como reglas morales que no solo prescriben la conducta, sino también forman “un tipo de propiedad moral de la que los individuos son portadores”³⁹. Los derechos humanos tienen un poder legal para exigir algo de lo que todos los individuos son titulares, en oposición a simplemente hacer una

36 Frank, Jerome. “Law and...”, pág. 10.

37 Dworkin, Ronald. “The Model of...”, pág. 23.

38 Raz, Joseph. “Legal Rights”, pág. 5.

39 Hart, Herbert Lionel Adolphus. “Are There...”, pág. 179.

aserción que demanda el reconocimiento de otras personas⁴⁰. En palabras de Feinberg:

“El tener un derecho es tener una demanda/reclamo [*claim*] contra otra persona, cuyo reconocimiento como válido se basa en un conjunto de reglas gobernantes o principios morales. El tener una demanda/reclamo [*claim*], en cambio, es tener un caso que amerita consideración, es decir, tener razones o fundamentos que ponen a uno en la posición para enfrentarse a demandas propositivas. La actividad de demandar/reclamar [*claiming*], finalmente, como cualquier otra cosa, genera auto-respeto, así como respeto por otros y da sentido a la noción de dignidad personal”⁴¹.

En este sentido, los derechos humanos –en oposición a otras demandas– no se diferencian en grado: ningún derecho es más un derecho sobre los otros⁴². Los derechos humanos “no son vistos como derechos que los gobiernos liberales garantizan, sino como una clase especial de derechos urgentes”⁴³. Su cumplimiento es una condición necesaria para la legitimidad de las instituciones políticas y del orden legal⁴⁴. No son meramente preferencias dentro de un mar de opciones respetables.

40 Cfr. Feinberg, Joel. “The Nature and Value of Rights”, en *Journal of Value Inquiry*, Vol. 4, 1970, pág. 257.

41 Traducción de la autora al español del siguiente texto: “[t]o have a right is to have a claim against someone whose recognition as valid is called for by some set of governing rules or moral principles. To have a claim in turn, is to have a case meriting consideration, that is, to have reasons or grounds that put one in a position to engage in performative and propositional claiming. The activity of claiming, finally, as much as any other thing, makes for self-respect and respect for others, gives a sense to the notion of personal dignity”. *Ibid.*

42 Cfr. Fawcett, James. “The International Protection...”, pág. 128.

43 Rawls, John. “The Law of Peoples”, en *Harvard University Press*, Estados Unidos de América, 1999, pág. 79.

44 Cfr., *ibid.*, pág. 81.

Consecuentemente, la designación de una demanda como derecho humano tiene importantes costos sociales. Las demandas y necesidades que no se envuelven en el discurso de los derechos, se ven como más pertinentes que decisivas. La práctica ha tratado estas exigencias particulares como estipulaciones condicionales. Son decisivas únicamente cuando no se encuentran disponibles consideraciones menos conflictivas o de mayor peso. Pueden inclinar la acción del gobierno en una u otra dirección, pero también habrá otro conjunto de consideraciones jalando en la dirección opuesta.

Así, hay una importante razón para que los movimientos sociales apuesten por la utilización de la dialéctica de los derechos; dicha estrategia será sumamente útil para que sus demandas se prioricen en la agenda política. El lenguaje moldea el pensamiento y las palabras tienen un efecto poderoso en las actitudes de las personas⁴⁵. Las palabras y frases pueden inducir ciertas emociones y actitudes en una audiencia política o judicial⁴⁶. En palabras de Holmes, “para una imaginación de cualquier alcance, la forma de poder de mayor alcance no es el dinero, sino el comando de las ideas”⁴⁷.

En la práctica, parece que lo que no está enmarcado en el lenguaje de los derechos humanos, no es merecedor de consideraciones serias inmediatas. Dado que los derechos humanos “son una clase especial de derechos urgentes”, cualquier demanda que existe dentro del modelo tiene una

45 Cfr. Fuller, Lon. “*Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Hart*”, en *Harvard Law Review*, Vol. 71, N° 4, 1958, pág. 649.

46 Cohen, Felix. “*Transcendental Nonsense...*”, pág. 175.

47 Traducción de la autora al español del siguiente texto: “[t]o an imagination of any scope the most far-reaching form of power is not money, it is the command of ideas”. Holmes, Oliver. “*The Path of the Law*”, en *Harvard Law Review*, Vol. 10, 1897, pág. 228.

clara ventaja inicial sobre de aquella que ha sido excluida. La categorización asegura la autoridad o peso de una particular demanda o necesidad. De acuerdo a Feinberg, el categorizar a las necesidades como derechos es “un válido ejercicio de licencia retórica, considerando que es una forma poderosa de expresar la convicción de que deben ser reconocidas por los Estados aquí y ahora como derechos potenciales y, consecuentemente, como determinantes de aspiraciones presentes y guías para políticas presentes”⁴⁸.

Por tanto, “la institución de los derechos es entonces crucial porque representa la promesa de la mayoría a las minorías de que su dignidad y equidad será respetada”⁴⁹. El discurso de los derechos induce un sentido de urgencia y presión sobre necesidades humanas básicas que son lo suficientemente importantes para elevarse al nivel dado a los derechos humanos. Da un sentido de titularidad, adherencia y empoderamiento a minorías oprimidas. También significa que los gobiernos no tienen la libertad de descartarlas y que no cualquier consideración puede sobrepasarlas. Es un pronunciamiento de qué tan vinculante son para el cumplimiento del Estado y qué tan mal está que no se aseguren.

En suma, la caracterización de intereses colectivos, demandas y necesidades como derechos humanos, no puede reducirse a una expresión de sentimientos e intereses subjetivos. Podemos estar reconociendo algo que espera reconocimiento. Tal como Tushnett ha establecido, “las personas necesitan alimentos y

48 Traducción de la autora al español del siguiente texto: “*valid exercise of rhetorical license [considering that] this is but a powerful way of expressing the conviction that they ought to be recognized by states here and now as potential rights and consequently as determinants of present aspirations and guides to present policies*”. Feinberg, Joel. “*The Nature and...*”, pág. 525.

49 Dworkin, Ronald.” *Taking Rights...*”, pág. 310.

refugio en este momento y demandar que esas necesidades se satisfagan, se haga o no, puede ser caracterizado hoy en día como persuasivamente hacer exigible un derecho⁵⁰.

En este sentido, me uno a la posición de Patricia Williams en el sentido de que “al intentar convertirnos en multilingües en las semánticas para evaluar derechos⁵¹, podemos estar persiguiendo un objetivo altamente deseable, a saber: “[e]l objetivo es encontrar un mecanismo político que pueda confrontar la negación de necesidades [...] Para los históricamente desempoderados, la concesión de derechos es simbólica de todos los aspectos que se han negado de su humanidad: los derechos implican un respeto que posiciona a uno en el rango referencial de uno mismo y de los otros y eleva su estatus de ser humano a ser social⁵²”.

IV. Los derechos humanos como logros humanos colaborativos

Las razones anteriores no implican que la proliferación de derechos humanos deba ser un fin perseguible. En principio, existe un riesgo de disolver la distinción esencial entre lo que un derecho humano es y lo que la gente considera que debería de ser. La proliferación de los derechos humanos puede de hecho menoscabarlos, cuando aplicamos criterios arbitrarios

50 Tushnet, Mark. “An Essay on Rights”, en *Texas Law Review*, Vol. 62, N° 8, 1984, pág. 11.

51 Williams, Patricia. “*The Alchemy of...*”, pág. 437.

52 Traducción de la autora al español del siguiente texto: “*The goal is to find a political mechanism that can confront the denial of need [...] For the historically disempowered, the conferring of rights is symbolic of all the denied aspects of their humanity: rights imply a respect that places one in the referential range of self and others, that elevates one’s status from human being to social being*”. Williams, Patricia. “*The Alchemy of...*”, pág. 437

y extremadamente amplios para determinar aquello que reconocemos como tales.

Así, la expansión de los derechos humanos puede proveerlos de absoluta indeterminación y vulnerar, con ello, los fines sustantivos que persiguen. Una amplia reconceptualización puede restarles fuerza y significado, al ubicar en dicha categoría cualquier interés que busquemos avanzar. El mensaje sería que no hay un elemento central de los derechos humanos que los haga esenciales; nada en su naturaleza sería inconsistente con reconsiderarlos a la vista de políticas sociales⁵³.

Consecuentemente, el prospecto de determinar qué es un derecho humano parecería una tarea infinita, sujeta a la popularidad de determinadas preferencias. De acuerdo a Tushnet, “[A] medida que los derechos proliferan y generan contra derechos, la fuerza especial ligada al lenguaje de los derechos se disipa. La distinción entre derechos y meras políticas se debilita y los proponentes de exigencias fundadas en derechos se convierten únicamente en otro grupo de interés en el juego político ordinario⁵⁴”.

No obstante, al momento de evaluar la pertinencia de la proliferación de los derechos humanos, es importante recordar –tal como fue establecido con anterioridad– que los mismos no son deducciones de premisas. Siempre que se configura un derecho, las elecciones prácticas de lo que valoramos juegan un papel importante. Lo anterior no significa que cualquier asunto

53 Cfr. Hart, Herbert Lionel Adolphus. “*Positivism and...*”, pág. 615.

54 Traducción de la autora al español del siguiente texto: “*as rights proliferate and generate counter rights, the especial force attached to the language of rights dissipates. The distinction between rights and mere policies weakens, and proponents of rights-claims become just another interest group in the ordinary play of politics*”. Tushnet, Mark. “*The Critique of Rights*”, en *Southern Methodist University Law Review*, Vol. 47, N° 1, septiembre-octubre 1993, pág. 32.

de importancia pueda o deba volverse un derecho humano. Vivimos en un mundo de constantes necesidades e intereses en competencia.

El derecho, dice Roberto Unger, “es el producto de conflictos reales y colectivos, llevados a cabo durante tiempos prolongados, entre muchas distintas voluntades e imaginaciones, intereses y visiones”⁵⁵. No cualquier exigencia plausible puede proveer de las bases para otros deberes o demandar un sentido de urgencia en su cumplimiento. Principios y preocupaciones en competencia siempre requerirán un sistema de balances y ponderación, pues es imposible que se proteja a todos en sus intereses.

Lo que sí significa es que requerimos de una perspectiva que se acerque a los derechos humanos como una categoría abierta. Los esfuerzos no deben centrarse en deconstruir los derechos, pero sí en asumir que el lenguaje de los mismos debe mantenerse vivo y tener un carácter abierto. Es decir, debe existir un núcleo de significados establecidos, pero también debe haber “una penumbra de casos debatibles en donde las palabras ni son obviamente aplicables ni obviamente descartadas”⁵⁶.

Incluso con una categoría flexible, todavía requerimos un criterio discriminatorio de importancia. Por tanto, un problema práctico de la proliferación de los derechos humanos es la falta de una regla de reconocimiento. Al estar ausentes criterios fijos de valores, surgen preguntas sobre cómo: (i) definir los estándares de importancia; (ii) establecer qué demandas no solo deben ser, sino que de hecho son derechos humanos; y, (iii) justificar nuestra titularidad con respecto a demandas que hemos convertido en derechos por una práctica social.

55 Unger, Roberto. “*What can legal analysis become?*”, en *Verso Books*, Vol. 65, 1996.

56 Hart, Herbert Lionel Adolphus. “*Positivism and...*”, pág. 607.

En virtud de que no podemos demostrar la autoridad o peso de dichas demandas, hacemos un caso a su favor al apelar a una combinación de consideraciones. Los derechos humanos no son deducciones obtenidas de los principios de la Constitución o alguna fuente metaética. Tienden a ser inducciones sensatas, morales, racionales o generalizaciones realizadas como parte de procesos sociales. Han sido logros humanos colaborativos.

Aquí se requiere hacer una precisión. El hecho de que sean parte de un proceso social no significa que puedan ser fácilmente suspendidos, relativizados o derogados. Simplemente implica que, antes de que sean profundamente enraizados en la estructura de las prácticas políticas como derechos humanos, los argumentamos utilizando “todo un conjunto de estándares cambiantes, en desarrollo e interactivos, tales como aquellos que se relacionan con la responsabilidad institucional, interpretación de reglas/estatutos/leyes y prácticas morales contemporáneas”⁵⁷.

En este sentido, Tushnet considera que al momento de valorar o reconocer la existencia de derechos, debemos seguir tres técnicas: (i) reducir los derechos a una medida de valor que debe ser balanceada contra otros intereses y/o derechos; (ii) tomar en cuenta todos los intereses afectados; y (iii) definir los niveles de generalidad en los que se balancearán los intereses en competencia. Por tanto, “un ponderador que quiere ‘reconocer’ un derecho puede escoger la medida de valor necesaria, las necesarias consecuencias y el necesario nivel de generalidad”⁵⁸.

No obstante, el principal peso de los derechos viene del hecho de que dichas demandas no solo representan los intereses de individuos, sino también las visiones que compitieron, y prevalecieron, de la comunidad mundial. Para que una exigencia

57 Dworkin, Ronald. “*The Model of...*”, pág. 94.

58 Tushnet, Mark. “*An Essay on...*”, pp. 2 y 3.

o demanda se transforme en un derecho humano requiere de un amplio reconocimiento de su fuerza. En otras palabras, requiere de una campaña mundial de ciudadanos que reconozcan aquello que indudablemente consideran justo, así como lo que está en riesgo cuando dicha demanda no es asegurada.

Tal vez no podremos dar un recuento satisfactorio y certero sobre el criterio de importancia. Asimismo, podremos caer en el riesgo de hacer la emergencia de nuevos derechos dependiente de consideraciones políticas o de la mayoría. No obstante, la idea es hacer de ciertos “objetivos sociales” el campo gravitacional que dé peso a la decisión. Cuando una gran parte de la comunidad global ha establecido cuáles son los objetivos o ideales de los que sienten esta titularidad y pertenencia, “tal vez sea el momento de ignorar las abstracciones y concentrarse en vez en darle a la mayoría de los ciudadanos un nuevo sentido de las preocupaciones gubernamentales por el bienestar y de su legitimidad para gobernar”⁵⁹.

Adicionalmente, es igualmente importante centrarse en las consecuencias de la categorización de una amplia cantidad de demandas que los derechos humanos deberían tener. De acuerdo a Bentham, “el análisis conceptual no es notoriamente distintivo desde la empresa de ganar entendimiento de las prácticas y formas de vida en donde los conceptos tienen vida”⁶⁰. En la posición realista, “una cosa puede ser definida acordemente con la manera en la que está reconocida en la práctica y no en concordancia con algún significado ulterior que suponemos posee”⁶¹.

59 Dworkin, Ronald. “*Taking Rights...*”, pág. 310.

60 Postema, Gerald. “*Normative dimensions of jurisprudence*”, en *Oxford: Clarendon*, 1986, pp. 332 y 333.

61 Wu, John. “*Realistic Analysis of Legal Concepts: A study in the legal method of Mr. Justice Holmes*”, en *China Law Review*, Vol. 5, 1932, pág. 2.

Aunque nuevos derechos no pueden ser conformados a la ligera, mucha de la incertidumbre con respecto a lo que en un futuro cercano puede ser considerado como un derecho humano, es de gran valor social. Debemos adaptarnos a la realidad de condiciones cambiantes. De acuerdo a Jerome Frank, “cuando las relaciones humanas se transforman diariamente, las relaciones legales no pueden ser expresadas de maneras perdurables”⁶². Consecuentemente, el constante desarrollo de problemas sin precedentes requiere de un sistema legal capaz de fluidez, flexibilidad y maleabilidad⁶³. De otra manera, estamos limitando la protección de los derechos meramente con base en consideraciones formalistas.

V. El verdadero riesgo

Una visión que depende demasiado de la dialéctica de los derechos humanos para dar importancia a las demandas de la sociedad, puede ser contraproducente. La necesidad de pasar cualquier exigencia a través del filtro del lenguaje de los derechos humanos, promueve una perspectiva que implica que las demandas solo son defendibles cuando tienen una base fundada en derechos.

No obstante y por el contrario, todas las necesidades sociales son vinculantes para los Estados. Los gobiernos no solo están obligados a proteger y garantizar los derechos humanos. La acción estatal se tiene que volver efectiva desde múltiples frentes. Por tanto, los Estados deben llevar a cabo políticas y planes de acción que comprendan toda una lista de funciones de bienestar, y la importancia de dichas políticas no debe ser subestimada.

62 Frank, Jerome. “*Law and...*”, pág. 6.

63 *Ibid*

Consecuentemente, una categorización adicional no debe ser un requisito para que los Estados se sientan obligados a asegurar o, incluso, considerar, las demandas de las personas.

En múltiples instancias, será más conveniente desprender necesidades contextualizadas de la característica de universalidad propia del discurso de los derechos humanos. Así, dichas demandas serán urgentes y necesarias para dichas personas atendiendo a su muy particular situación e independientemente de que exista o no un consenso global de su importancia como parte fundamental de nuestros derechos.

Idealmente, dichas demandas deberían desvincularse del discurso de los derechos y ser abordadas por los Estados como temas políticos que no solo son relevantes, sino también fundamentalmente importantes. En teoría, el dominio apropiado para sujetar nuestras demandas a discusión, deliberación y escrutinio es a través de una acción estatal centrada en metas progresivas y de desarrollo. Sin embargo, ese no es el contexto actual ni describe la presente situación social e institucional de manera precisa.

Cuando los Estados están implementando políticas, hacen juicios con respecto a los pesos relativos de intereses en competencia. Estos juicios muchas veces no tienen nada que ver con el valor de los intereses en juego. Incluso si la discreción solo existe “como un área abierta por un cinturón de restricción que la rodea”⁶⁴, pareciera que los Estados tienen libre elección para dictar las políticas correspondientes. Por tanto, los gobiernos usualmente se quedan cortos en garantizar demandas particularmente importantes de la sociedad (especialmente las exigencias de las minorías). En virtud de que su ejercicio es un asunto de juicio y desacuerdo, el problema total es que las

64 Dworkin, Ronald. “*The Model of...*”, pág. 32.

personas no sienten que sus demandas serán aseguradas o incluso tomadas en cuenta, a menos que se traten como derechos.

Por tanto, si consideramos la manera en la que el lenguaje de los derechos humanos y la política funcionan de hecho, notamos que en realidad se requiere del reconocimiento de una demanda como un derecho legal y particularmente como un derecho constitucional, para que las autoridades lo traten como realmente importante⁶⁵.

En la arena política, los individuos lideran diversas batallas sin un sentido de definición. La obtención de derechos humanos actualmente da a los individuos ese sentido de titularidad y pertenencia; “protegen el dominio en el que las preferencias políticas se forman”⁶⁶; generalmente “significa el comportamiento respetuoso, la responsabilidad colectiva, propiamente debida por la sociedad a uno de sus miembros”⁶⁷. Consecuentemente, el discurso de los derechos humanos puede dar poder, visibilidad e inclusión a grupos segregados⁶⁸.

Adicionalmente, el “hacer un derecho” de ciertas exigencias puede ser un intento deliberado de romper con las barreras ideológicas que han sido establecidas por la predominancia de los derechos “negativos” en la dialéctica de los derechos humanos. Generalmente, se considera que los derechos humanos “pertenecen a aquella rama de la moralidad que se preocupa específicamente por determinar cuándo la libertad de una persona puede ser limitada por la libertad de otra, para así determinar qué acciones pueden ser sujetas de manera apropiada a reglas legales coercitivas”⁶⁹.

65 Cfr. Tushnet, Mark. “*The Critique of...*”, pág. 27.

66 *Ibid.*

67 Williams, Patricia. “*The Alchemy of...*”, pág.437.

68 Cfr. *Ibid.*, pp. 438 y 439.

69 Hart, Herbert Lionel Adolphus. “*Are There...*”, pág. 179.

Asumimos por error que los derechos humanos no pueden representar un deber para llevar a cabo empresas políticas colectivas; que no pueden tener propósitos distintivos y modos de acción. Hoy en día, la imagen de los derechos “negativos” opaca y obstruye la expansión de los derechos “positivos”⁷⁰. La consecuencia material es una subvaluación teórica de las crecientes necesidades de la sociedad y de consideraciones relevantes para el progreso social.

Por tanto, la proliferación de derechos humanos “positivos” puede representar una objeción en contra de la mera priorización de acciones de abstención y no interferencia. Es el reconocimiento de las particularmente poderosas exigencias de la comunidad global para decidir cuáles son los fines sociales que requieren de acciones estatales e internacionales.

Así, al momento de analizar la proliferación de los derechos humanos es conveniente alejarnos de los intentos por sistematizar la génesis, evolución y exigibilidad de los derechos y colocar, en vez, el énfasis en un estudio de las consecuencias y ganancias materiales en términos de motivación humana y estructura social. Los derechos humanos despojados de todo contexto social, carecen de contenido. Cuando nos preguntamos qué son los derechos humanos, estamos preguntándonos por la teoría sobre cómo utilizamos dichos conceptos y por los compromisos conceptuales que nuestro uso conlleva⁷¹.

Cuando avanzamos más allá del campo de los derechos humanos y buscamos descubrir las consecuencias sociales de su categorización, nos encontramos con posibilidades prometedoras. Los derechos “positivos” pueden crear la base que induzca la solidaridad social, disuada a los Estados de realizar ciertas

70 Cfr. Tushnet, Mark. “An Essay on...”, pág. 10.

71 Cfr. Dworkin, Ronald. “The Model of...”, pág. 15.

acciones y sirva para llenar necesidades básicas, entre otras cosas. De esta manera, forzamos a los gobiernos no solo a abstenerse de causar daños sino también a contribuir activamente en cambios sociales progresivos. Especialmente con las crisis estructurales que muchos países enfrentan, es importante asegurar un rol más activo de los Estados en crear —a través de un Estado de derecho— las condiciones y estructuras conducentes al desarrollo y la prosperidad.

Al final del día, es un asunto de moralidad política en la determinación de lo que le pertenece a las personas; de aquello con respecto a lo que son titulares. La proliferación de los derechos humanos puede presentar diversos riesgos, pero también puede alcanzar objetivos sociales fundamentales. La decisión dependerá de la estrategia política que emprendamos. Es un asunto de preguntarnos cuánta importancia o peso creemos que esos cuestionamientos económicos, sociales y éticos deben tener y cómo deben ser medidos. Asimismo, es una cuestión de definir las ganancias materiales que se pueden alcanzar y cómo pueden promover alguna política o servir a algún principio que justifique el cambio.

Conclusión

Podemos descubrir racionalmente y debatir sobre los medios apropiados para ciertos fines, pero los fines no son racionalmente descubribles o debatibles; son “decretos de las voluntades” (*fiats of the wills*), expresiones de emociones, preferencias o actitudes⁷².

72 Cfr. Traducción de la autora al español del siguiente texto: “we can rationally discover and debate what are appropriate means to given ends, but ends are not rationally discoverable or debatable; they are ‘fiats of the wills’, expression of emotions, preferences or attitudes”. Hart, Herbert Lionel Adolphus. “Positivism and...”, págs. 625 y 626.

No hay una regla de reconocimiento ni existe un núcleo predeterminado y estático de derechos de los que seamos titulares. De igual manera, no hay una respuesta sencilla o única al momento de decidir qué necesidades demandan la acción del Estado de manera inmediata y cuál es su valor o prioridad. En todo caso, la respuesta tiende a ser variable. De lo que sí tenemos certeza, es que los requisitos para la protección de los derechos parece ser autoevidente, más clara y más reconocible que formulaciones más ambiciosas.

Al ser considerados intereses urgentes y esenciales, los derechos humanos pueden dotar de eficacia a una amplia variedad de objetivos sustantivos. Al menos en teoría, “los derechos sobrepasan preocupaciones políticas ordinarias”⁷³. Por tanto, existe una propensión por caracterizar demandas y necesidades como vindicaciones de derechos, bajo la errónea concepción de que solo así podrán ser visualizadas como importantes. Existe pues una tendencia a la inflación de los derechos, en donde cuestiones políticas están siendo enmarcadas en el lenguaje de los derechos humanos.

Dicha proliferación puede, en efecto, ser contraproducente al poder reducir los derechos humanos a conceptos vacíos de contenido y llenos de buenas intenciones, o bien, generar nuevos derechos a partir de exigencias ambiguas e indeterminables como lo es –en mi opinión– el llamado “derecho a la democracia”. En esta línea, una estrategia que vinculara demandas y necesidades a la violación de derechos –en vez de enmarcarlas como derechos– sería ideal.

No obstante, no debemos subestimar aquellos principios morales en los que la generalidad de las personas tiene una creencia activa. Cuando las personas persisten en hablar de

73 Tushnet, Mark. “*The Critique of...*”, pág. 31.

ciertas necesidades como constitutivas de derechos y no solo como demandas o necesidades, es porque están comprometidas a exigir un sentido de titularidad y empoderamiento para que el gobierno actúe ahora y eficientemente. En palabras de Dworkin, “[E]l origen de estos como principios legales recae no en una decisión particular de una legislatura o Corte, sino en un sentido de lo que es considerado como apropiado y que ha sido generado en la profesión y por el público con el paso del tiempo”⁷⁴.

Necesitamos observar detrás de los principios tradicionalmente aceptados de los derechos, para apreciar en términos éticos los valores sociales en juego en cada decisión.

Si bien no podemos establecer fórmulas precisas de cuándo estamos en presencia de un derecho, de lo que sí podemos tener certeza es que las exigencias, demandas y necesidades de las personas –tan controversiales, ilimitadas y variables como puedan ser– son importantes y requieren de protección y garantía. Dichos fines tienen tanto derecho para ser considerados como asuntos esenciales, como aquellas demandas cuyo significado ha sido acomodado dentro del lenguaje de los derechos humanos.

En nuestra preocupación por asignar las etiquetas adecuadas, podemos indirectamente vencer fines compartidos de manera general y considerados como fundamentales. Por ejemplo, uno de los problemas principales con las críticas a la proliferación de los derechos humanos es que generalmente se fundan en la restricción de valores sociales y económicos.

Incluso, si actualmente nos encontramos conceptualizando como derechos todo el conjunto de amplias e indeterminadas acciones o los deberes “positivos” requeridos por el Estado, existe un gran valor en afirmar que dichas acciones y dichos

74 Dworkin, Ronald. “*The Model of...*”, pág. 41.

deberes no poseen menor prioridad, y que intrínsecamente se correlacionan con la protección de derechos. Es más, los derechos humanos no pierden su fuerza al incluir consideraciones sociales o económicas, sino que se convierten en herramientas para balancear distintos fines a perseguir.

Una conexión instrumental entre un núcleo mínimo de derechos y las necesidades básicas de las personas, es sumamente útil porque centra la atención en los pasos más urgentes necesarios para la satisfacción de dichos derechos, así como en las precondiciones que se deben cumplir para el ejercicio de los mismos.

Si los Estados impulsaran proactivamente políticas de bienestar económico, social y cultural, asegurando con ello las condiciones para un estándar mínimo de vida y para un contexto propicio para el ejercicio de todos nuestros derechos (y no solo aquellos de tercera generación), entonces no tendríamos que analizar la pertinencia de incluir ciertas demandas en la dialéctica de los derechos humanos.

Sin embargo, las políticas estatales rara vez se enfocan en medidas preventivas o en atacar los problemas estructurales. Usualmente, el curso de acción a seguir se establece con base en objetivos de corto plazo que aseguran resultados inmediatos. Por tanto, la creación de políticas se ha convertido en una forma de actuar que minimiza las complejidades y el carácter de largo plazo del control del problema, en favor de gratificaciones inmediatas y de alternativas más visibles. Los gobiernos tienden a carecer o a ser indiferentes, de reconocimientos realísticos de los problemas de fondo. El énfasis, por tanto, en múltiples ocasiones debe estar en arreglar las condiciones sociales e implementar programas de desarrollo, pues requerimos de reformas profundas.

Adicionalmente, el lenguaje de los derechos humanos –en sus esfuerzos por asegurar su universalidad– tiende a ser demasiado general. Los acuerdos por los que se establecen derechos en tratados internacionales, se influyen en gran medida por compromisos. Por lo que, para alcanzar consenso, el contenido de los derechos es deliberadamente vago, abstracto y no controversial. La interpretación que se haga de dichos derechos no puede ser omisa de los valores sociales y de sus consecuencias.

Así, incluso si la mayoría de los “nuevos derechos” podrían adecuarse a metas de desarrollo cuando los Estados los afirman como tales, su reconocimiento no solo conlleva una titularidad legal para sus ciudadanos sino que impulsa a que el Estado incorpore dichas demandas en su agenda.

Finalmente, es importante atender al hecho de que la generación de “nuevos derechos” no se da en un periodo corto y de manera sencilla. Por el contrario, a nivel internacional, requiere que la comunidad internacional ratifique tratados de derechos humanos que han sido ampliamente discutidos, así como de acuerdos regionales. Su contenido se funda en la interpretación jurisprudencial de tribunales internacionales. A su vez, para su implementación tienden a requerir su incorporación al texto constitucional, legal y a ser determinados por precedentes judiciales. Por lo que, la proliferación de nuevos derechos no se genera en un proceso automático y arbitrario; dicho reconocimiento provee además al Estado, de un razonamiento comprensivo que puede guiar y complementar la interpretación nacional de su conceptualización y alcance.

En suma, las preocupaciones sobre el valor político práctico de nuevos derechos parecen equiparar los derechos humanos a su justiciabilidad y exigibilidad y presumir que si los mismos no se pueden “operacionalizar”, entonces no son derechos humanos.

No obstante, la propuesta de este trabajo es que –sin relativizar el valor de los derechos humanos o sujetarlos al capricho de los intereses en juego de cierta época– no condicionemos los derechos humanos de manera automática a una categoría inflexible y determinada, sino que veamos porque distintos “objetivos sociales” fundamentales sean el campo gravitacional que dé peso a la decisión, especialmente a la falta de acción de los Estados para construir soluciones estructurales que generen un ambiente conducente para la protección de los derechos de las personas. Contexto que, a su vez, induciría a una mayor justiciabilidad y exigibilidad de los derechos, más que menoscabarlas.

Tal vez no es tan reprochable que cuando otras consideraciones fundamentales son meramente vistas como asuntos de política, sujetas a la voluntad o preferencias de los Estados, las personas visualicen la dialéctica de los derechos como una de las únicas rutas de escape por las que las demandas –nuestras demandas– pueden florecer.