

¿ES POSIBLE HABLAR DE UNA CATEGORÍA DE DERECHOS HUMANOS FORZADOS?*

IT IS POSSIBLE TO SPEAK OF A FORCED HUMAN RIGHTS CATEGORY?

Ramsés S. Montoya Camarena**

Fecha de recepción:

23 de agosto de 2023.

Fecha de aceptación:

18 de octubre de 2023.

RESUMEN: Por regla general, los derechos humanos consignan un valor o interés profundo para las personas y, por ello, exigir su goce y disfrute representa una actividad cuyo ejercicio es positivo; sin embargo, pueden existir excepciones, donde el surgimiento de cierto tipo de derechos es a partir del sufrimiento o dolor. Por tal motivo, el texto tiene por objeto plantear como discusión si existen derechos humanos cuyo ejercicio surge de la indeseable voluntad de hacerlo. El debate se remonta al problema estructural de la desaparición forzada de personas que padecen las democracias constitucionales donde la violencia y el crimen son el cóctel perfecto para manifestaciones de una crueldad normalizada que exige el surgimiento de soluciones normativas que perfilan la indignación en remedios paliativos y de resignada activación.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, desaparición forzada, derecho forzado.

* El texto fue aprobado con dictamen positivo y susceptible de presentarse en el *Tercer Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino: Populismo, democracia y Estado de Derecho* celebrado del 28 de junio al 1 de julio de 2023, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y otras instituciones, pero el trabajo no está publicado, ni comprometido a publicarse.

** Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de posgrado en la Universidad Autónoma de Querétaro. Actualmente es secretario de Estudio y Cuenta adjunto en la Coordinación General de Asesores de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0022-5050>.

ABSTRACT: *As a general rule, human rights have a deep value or interest for the people and, therefore, demanding their enjoyment and that represents an activity whose exercise is positive; however, there may be exceptions, where the emergence of certain types of rights is from suffering or pain. The text aims to raise as a discussion whether there are human rights whose exercise arises from the undesirable exercise. The debate goes back to the structural problem of the forced disappearance of people suffered in constitutional democracies where violence and crime are the perfect cocktail for manifestations of normalized cruelty that demand the emergence of normative solutions that outline indignation in palliative remedies and resigned activation*

KEYWORDS: *human rights, forced disappearance, forced human right.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿LOS DERECHOS HUMANOS FORZADOS? III. ¿QUÉ APROXIMACIÓN TEÓRICO-PRÁCTICA TIENEN LOS DERECHOS HUMANOS FORZADOS? IV. ¿QUÉ TIPO DE NORMA ES UN DERECHO HUMANO FORZADO? CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La literatura especializada y la teoría moderna de los derechos fundamentales indican que éstos son construcciones jurídicas que encuentran fundamento en la necesidad de resguardar y proteger bienes axiológicos, intereses profundos y cuestiones valiosas para el desarrollo de las personas, entre sí y con su entorno social.

La postura predominante se orienta hacia la idea principal de cómo hacer efectivos los derechos, las formas jurídicas de protegerlos o garantizarlos y cuáles son los alcances o evolución que tienen en el marco de las complejas relaciones humanas.

Gracias a ello, los derechos humanos y su ejercicio guardan detrás una apreciación positiva por parte de la sociedad, pues son herramientas que las personas tienen *inmediatamente* a su alcance para poder defenderse de abusos, arbitrariedades, afectaciones o actos opresivos.

Así, por regla general, los derechos humanos consignan un valor o interés profundo para las personas y, por ello, exigir su goce y disfrute representa una actividad cuyo ejercicio tiene la es positivo; sin embargo, pueden existir excepciones, donde el surgimiento de *cierto tipo de derechos* es a partir del sufrimiento o el dolor.

En efecto, desafortunadamente los problemas de violencia en las sociedades contemporáneas muestran una escalada de tragedias y fuertes episodios de violaciones de derechos humanos que, ante su reclamo, producen nuevas expresiones de protección de otro

tipo de derechos que surgen de una cascada de violencia y de los efectos que acarrea el proceso de deshumanización que la acompaña.

El ejemplo que se toma de sustento al presente texto es la desaparición forzada de personas, que ha sido un fenómeno de gran escala en España, México y América Latina. Las dimensiones que afecta son de tal magnitud que constituye un problema de profunda responsabilidad para el Estado. En la dinámica de la desaparición confluyen efectos pluriofensivos que trascienden más allá de la libertad personal.

La desaparición revela un patrón sistemático de violencia, donde la inacción y falencias del Estado quedan expuestas bajo la mirada reclamante de la sociedad, los organismos internacionales y las altas cortes, encargadas de la protección de los derechos humanos.

Además, la desaparición de personas también puede producir otro tipo de efectos, como es el desplazamiento forzado de personas, en la medida en que los familiares de desaparecidos escapan de sus residencias para ponerse a salvo de persecuciones o amenazas que muchas veces es producto de la búsqueda de las víctimas, del impulso de acciones para encontrar justicia y de la exigencia que hacen a las autoridades para que investiguen los hechos.

La combinación de ambos problemas estructurales son una muestra potente de lo que Gargarella denomina la *debacle del constitucionalismo americano* que lo coloca en una crisis irreparable.¹ La ausencia de paz social, la degradación de los valores fundamentales y los aprietos en que se encuentra la confianza democrática hacen perder fuerza a las instituciones y, provocan reacciones emergentes al derecho.

La hazaña de los derechos fundamentales, como conquistas y construcciones de una sociedad moderna, conduce a su crítica constante. En la discusión de los derechos están en juego muchas preguntas, pero hay una que inspira este texto, si el fin de un derecho humano es resguardar intereses valiosos ¿acaso no es su disfrute el terreno más fértil de su genuina expresión?

Si lo anterior es así, entonces ¿qué condición justifica que la activación de un derecho humano provenga de la pluri ofensa de intereses valiosos y su ejercicio sea impulsado por la violación de otros derechos? ¿Su goce será esa genuina expresión de salvaguarda o estamos en el terreno de ejercer *forzosamente* un derecho indeseado?

En la desaparición y en el desplazamiento forzado de personas surgen derechos a causa de la violación de otros, tales como: el derecho a la búsqueda de personas, el derecho a la

¹ Roberto Gargarella, *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*, (Buenos Aires: Siglo XXI, 2020) 11.

verdad, el derecho a la reparación integral, el derecho al duelo, el derecho al sepulcro conforme al sistema de creencias de las víctimas, etcétera.

En la teoría de las normas jurídicas no existe una clasificación única acerca de las soluciones normativas de este tipo de disposiciones, pues son construcciones que obedecen a la interpretación constitucional de las jurisdicciones y que, en ocasiones como esta, aparecen como una reacción multifacética a los reclamos de justicia.

A partir de estas ideas, es posible preguntarse ¿Podemos hablar de derechos humanos *forzados*? ¿Qué los justifica? ¿Es contradictorio hablar del «disfrute» o «goce» de un derecho humano, cuando su origen y ejercicio es indeseable? ¿A qué se aspira con este tipo de derechos humanos?²

II. ¿LOS DERECHOS HUMANOS FORZADOS?

Para poder dar una dimensión contextual al problema de este tipo de derechos, enmarcado en las problemáticas referidas, resulta conveniente hacer un rastreo preliminar de los datos duros que se encuentran registrados hasta el momento.

Las últimas cifras del año 2024 y que abarcan desde el año 1961, según el Registro Nacional de Personas Desaparecidas y No Localizadas de la Comisión Nacional de Búsqueda del Gobierno de México es que en nuestro país existen un total de 307,723 personas en la categoría de desaparecidas, no localizadas y localizadas.

De lo anterior, se hace una subdivisión, entre las personas desaparecidas y las que han sido localizadas. Las primeras son 114,435 personas y las segundas oscilan en las 193 mil personas. Otro dato de relevancia es que la mayoría de personas desaparecidas son nacionales (282,220) y el otro restante son del extranjero.

La geografía de la desaparición también muestra datos regionales de los lugares que tienen mayor incidencia de personas desaparecidas, entre ellos, las entidades federativas que encontramos son las siguientes: Hidalgo, Jalisco, estado de México, Tamaulipas, Veracruz, Michoacán, Guerrero y Guanajuato.

Los picos más alto de personas desaparecidas en esos Estados oscila entre las 30 mil a casi 20 mil personas. Por lo que ello, permite observar que la tendencia de la desaparición que más se encrudece sucede en esos territorios.

² El concepto de *derecho humano forzado* está mencionado de manera preliminar en el texto: Montoya, Ramsés y Guiza, Antonio, «La Suprema Corte y el derecho al duelo en la desaparición forzada», *Revista Nexos. El Juego de la Suprema Corte*, publicado el 2 de febrero de 2023.

De la misma forma, es posible observar que hay un margen poco más alto en la categoría de quienes han desaparecido. Las mujeres ocupan el 41.03 % y los hombres el 58.72 %. Además, es posible registrar que, salvo en 1961, el fenómeno de la desaparición comenzó a resurgir entre los años 2006 y 2008, el cual ha ido al alza en los últimos años de 2016 a 2021.

El cruce de cifras que registran asociaciones civiles, entre ellas, *Mexicanos contra la Corrupción*, *México Evalúa*, *Amnistía Internacional* u organismos internacionales como la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en México de las Naciones Unidas revelan datos similares en torno al fenómeno de la desaparición que oscila entre los 103,000 hasta los 111,000 registros de personas. Dicha cifra tiene un déficit de 3,435, por lo que no es un margen muy amplio de diferencia.

Los datos nos revelan un panorama alarmante. Sólo por utilizar un elemento comparativo, en la guerra civil española durante el franquismo, la Plataforma de Víctimas de Desaparición Forzadas por el Franquismo y los estudios en la materia apuntan a 130,000 personas aproximadamente, lo cual ocurrió entre 1936 y 1939.

El marco sirve de referencia porque permite observar cómo en nuestro país, sin vivirse una guerra civil, las cifras están muy cercanas a alcanzar el resultado de la dictadura española. La referencia es angustiante porque ese fenómeno en México ha ocurrido bajo la instalación de gobiernos democráticos que se rigen por un estado de derecho y el mandato de una Constitución.

Ante este escenario, la principal consecuencia anticipada es que hay una violación amplia de distintos derechos humanos, por lo que es necesario encontrar las vías o cauces apropiados para solucionar de forma pacífica y racional el conflicto. Por ello, se recurre a la solicitud de protección de los derechos, pero ésta trae como consecuencia preguntarse acerca del surgimiento de otros derechos, merced de esos problemas estructurales.

En efecto, la inercia lleva por necesidad a recurrir a la protección de un derecho, lo cual plantea la oportunidad de justificar una decisión que en última instancia se apoya en un ámbito de la moralidad. Al hablar de derechos, siguiendo a Nino, es posible identificar que los ubica como valores que son reconocidos como parte de la constitución ideal, los cuales no es posible determinar si no se articula una concepción de filosofía política y moral.³

Desde esa perspectiva, los derechos tienen como presupuestos aquellas acciones, decisiones, prácticas o situaciones que pueden afectarlos y un aspecto que los complementa es la práctica de la crítica a la que está sujeta la convención sobre esos derechos porque de esta manera sus fundamentos adquieren racionalidad e imparcialidad, más allá de su propio valor.

³ Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, (Barcelona: Gedisa, 1997) 73.

Por su parte, el origen de los derechos, en una concepción dworkiniana, en cuanto a que son triunfos frente a la mayoría, en algún sentido invitar a entender que en varias experiencias son las violaciones de los derechos humanos las que han provocado la emisión de decisiones que construyen otros derechos que tienen por finalidad poner obstáculos institucionales a la permisividad del sufrimiento que perpetran esas conductas.

Así, la violencia aparece como una variable que documenta pronunciamientos judiciales sobre la violación de derechos y también redimensiona la ruta de los propios derechos, desde el sufrimiento, la indignación y la sobrevivencia de los derechos.⁴

La historia de los derechos humanos da cuenta de que surgen a partir de coyunturas sociales, políticas, jurídicas y antropológicas que están vinculadas muchas de las veces a manifestaciones de rechazo, reprobación, desaparición de límites y precariedad de empatía en el ejercicio asimétrico o despótico del poder.

Cuando las causas profundas de la vulneración de derechos humanos vienen aparejadas de un patrón sistemático; entonces, las razones de la violencia son estructurales e impulsan la judicialización de casos, donde las altas cortes en muchas ocasiones adoptan soluciones normativas reactivas y emergentes. El objeto que persiguen los tribunales es promover y obligar a que los Estados cumplan con su obligación primaria de garantizar los derechos de las personas y asegurarles su disfrute.

Entre más compleja sea la violación de derechos en la misma medida aumenta la necesidad de construir una solución potente en los contextos de perturbación humanitaria, con el fin de que, dice Sandra Serrano, los derechos humanos no se piensen como actos violentos por sí mismos, sino como medios de protección en ambientes violentos.⁵

De esta manera, las altas cortes de protección de los derechos humanos van adecuando los contenidos jurídicos conforme a las demandas, las necesidades y los contextos lo requieren para atender la compleja situación de vulnerabilidad a la que está expuesta la población a raíz de la violencia y la violación de los derechos.

Con ello, aparece la simbiosis del trinomio: *violencia-violación de derechos-construcción de derechos*. Su misión es fortalecer las obligaciones de respeto y garantía de los derechos a través del surgimiento, creación o desarrollo de otros derechos que también se orientan a prevenir situaciones futuras que pudieran causar una afectación repetitiva.

⁴ Sandra Serrano, «Otra historia sobre los derechos humanos: la violencia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Ansolabehere, Karina, Serrano, Sandra y Vázquez, Luis Daniel, *Los derechos humanos y la violencia: Estado, instituciones y sociedad civil*, (México: FLACSO, 2015) 121-22.

⁵ Serrano, «Otra historia sobre los derechos humanos...». *Óp. Cit.* 131.

A partir de lo anterior, podría surgir la engañosa idea de que un derecho humano siempre es disfrutado en un estado normalizado de goce; es decir, de agradable titularidad o cómodo ejercicio, perdiendo de vista que, si utilizamos la idea de núcleo, el derecho cuenta con una coraza jurídica que protege su interior que es el lugar donde está el interés valioso de moralidad.

Sin embargo, hay ocasiones donde ciertos derechos surgen directa y necesariamente de la vulneración de otros derechos, por lo cual, su justificación se enmarca bajo un contexto *extraordinario* de análisis, sobre todo cuando su margen de acción y ejercicio es provocado por una serie de falencias institucionales que colocan a las personas en una condición ineliminable de soportar y sobrellevar la urgencia de ejercerlos, al constituirse en la única vía de justicia posible.

Aquí es justamente cuando hablamos de que el origen del derecho está acompañado de su *indeseable* titularidad, sufrido ejercicio y resignado beneficio de sus efectos a raíz de que las cortes constitucionales lo han construido partiendo de las violaciones de otros derechos que lo traen como un remedio paliativo al sufrimiento que ya se vivió.

Desde luego este tipo de derechos tiene plena justificación porque el motor que lo impulsa es la protección de un interés valioso, pero su disfrute se percibe *violento*, *coaccionante* y quizás hasta *humillante* porque pone en evidencia pública e irrefutable que su surgimiento obedece a una serie de falencias estructurales donde el Estado no ha cumplido con su principal función de decencia *hobbesiana*: asegurar la libertad pacífica de las personas.

En efecto, las personas no aspiran genuina y ordinariamente a tener el derecho a la búsqueda de su ser querido, el derecho a conocer la verdad del crimen, el derecho a recibir alguna reparación, el derecho a vivir el duelo del ser amado que murió o el derecho a darle sepulcro, pues es a causa de la lamentable violación de derechos que sucede en un contexto generalizado de violencia que obtienen este tipo de derechos y se ven *compelidos*, *forzados*, *obligados* a ejercerlos como remedio paliativo a su dolor y sufrimiento.

De alguna manera la aparición de estos derechos avanza hacia una especie de lógica de frenos y contrapesos pues exterioriza donde está el límite tolerable a la inacción estatal. Pone a raya a los poderes público y privado mostrándoles hasta qué punto ya resulta inadmisibles soportar que continúen consumándose las vejaciones graves y recalcitrantes.

Con esta postura, los tribunales comienzan a tener cierto liderazgo en la construcción de derechos y lo hacen con una simbólica dosis de vocación de democracia representativa porque sus decisiones aparecen como elementos necesarios que están debajo de la alfombra constitucional y que los otros poderes no han impulsado.

Ante los contextos de fragilidad institucional, crisis de derechos y patrones sistemáticos de violencia, las decisiones de los tribunales que construyen los *derechos forzados* tienen como fin equilibrar los ideales constitucionales y evitar el debilitamiento democrático de los otros poderes del Estado.

Desde esta perspectiva, donde el poder judicial tiene un rol de equilibrios es más que legítimo que sea quien tenga la última palabra en determinar el alcance de los derechos pues lo hace como representante de la salvaguarda del texto constitucional y a través de un ejercicio deliberativo, argumentativo y transparente.

III. ¿QUÉ APROXIMACIÓN TEÓRICO-PRÁCTICA TIENEN LOS *DERECHOS HUMANOS FORZADOS*?

Al respecto de la construcción de derechos por parte de los tribunales, existe un debate entre tres bandos: *a)* quienes sostienen que la Constitución debe quitársele a los tribunales y devolverla a la gente; *b)* aquellos que prefieren que los tribunales actúen con cautela y disminuyan su deliberado activismo, y *c)* los que consideran que el poder judicial está convocado a ser el protagonista de la deliberación democrática y protección de los derechos.

Ante estas versiones, surge en Post y Siegel, la apuesta por un *constitucionalismo democrático*, el cual, a diferencia del *constitucionalismo popular* que busca quitarles la Constitución a los tribunales, el *democrático* entiende que los derechos han sido establecidos históricamente en el contexto de controversias culturales y donde el contenido constitucional obedece a distintos intercambios y tensiones entre el pueblo y el poder.

Ese tipo de constitucionalismo está enfocado a reconciliar los compromisos populares que son potencialmente contradictorios con los ejercicios del poder; por ello, esa versión ofrece efectos constructivos frente a las reacciones negativas o violentas que causan algunos fallos judiciales.⁶

Lo hace de tal manera que busca evidenciar las implicaciones estructurales de las tensiones que se presentan entre distintos puntos de vista constitucional y se esmera en que las reacciones violentas o negativas sobre la interpretación constitucional se transformen en la promoción de la solidaridad constitucional y el fortalecimiento de la legitimidad democrática.⁷ Además, esta construcción democrática intenta que los jueces se involucren

⁶ Robert Post, y Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, (Buenos Aires: Siglo XXI, 2013) 43-52.

⁷ Un ejemplo documentado es el movimiento feminista en 1970 que logró trazar una interpretación constitucional sobre la igualdad de derechos promovida a partir de prohibir la discriminación debido al sexo. Con lo cual, se percibe que las reacciones violentas frente al contenido constitucional adoptado en

con sentido crítico y sensibilidad ciudadana en los problemas y soluciones que ofrecen, sin llegar al extremo de ser víctimas de las pasiones sociales del momento.⁸

El efecto de esta participación judicial tiene como valor epistémico que la democracia está resguardada y protegida desde el centro gravitacional de la Constitución: la garantía de los derechos humanos. En otras palabras, los tribunales construyen derechos en donde ya no tienen otra opción, salvo hacer preservar el valor de la democracia constitucional.

El desencanto que causa la retórica de los derechos humanos parece entrar en una paradoja cuando estos son vulnerados y para resarcirlos aparecen nuevos derechos; sin embargo, no queda ninguna otra opción más que aparezcan exigencias éticas mínimas que deben solventarse a través de soluciones normativas que frente a la indignación constituyen remedios paliativos y de resignada activación, pues desde un principio nadie habría deseado que aparecieran.

El enfoque de esta construcción de derechos humanos, desde los tribunales, tiene asidero en una versión interpretativa —en sentido amplio— del derecho constitucional, la cual, según Dworkin, se refiere a la búsqueda de soluciones a partir de la Constitución, *en tanto documento judicial original y fundacional* que permite también *integrar la Constitución a nuestra práctica constitucional y judicial en su conjunto*.⁹

En su distinción con las teorías no interpretativas, Dworkin indica que la supuesta diferencia se encuentra en que estas —las no interpretativas— presuponen un compromiso con ciertos principios de justicia política, pero las teorías interpretativas —explica— también provienen de principios de moral política, por lo que ambas al final representan el sentido de la práctica constitucional en su sentido más amplio.

En otras palabras, Dworkin lo que plantea es que, si la práctica judicial se ocupa de la interpretación en lo general, sin aislar de ella a la Constitución, entonces, llegamos inevitablemente al campo interpretativo en cualquiera de sus versiones.

La diferencia central que se presenta desde el interpretativismo es que existen dos versiones: la versión *textualista u originalista* que pone énfasis en el pasado, mirando en la intención del legislador y la versión *constructivista* que ve a la Constitución como un elemento vivo, cuya interpretación evoluciona conforme al presente.

un momento de la historia es una de las prácticas posibles mediante las cuales el pueblo busca influir en el derecho constitucional. Post y Siegel, *Constitucionalismo democrático*, 55.

⁸ Gargarella hace una crítica al poder judicial, en el sentido en que tiene un origen elitista porque la designación de jueces no involucra a la sociedad, pero también rescata que uno de los motivos para hacerlo así tiene como finalidad garantizar la independencia judicial, procurando que los jueces estén separados de las «pasiones sociales del momento». Gargarella, *La derrota del derecho en América Latina*. Óp. Cit. 28.

⁹ Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, (Buenos Aires: Siglo XXI, 2012) 56.

El problema entre ambos late con fuerza al preocuparse de la dificultad contramayoritaria y se pregunta si una corte puede anular determinadas decisiones legislativas, solo porque así fue la intención de los redactores de la carta constitucional, o bien, si requiere de alguna calidad democrática especial para poder hacerlo.

Aquí es posible un giro al problema contramayoritario porque el análisis no radica en si existe la intención del Constituyente de que el poder judicial invalide decisiones legislativas o que prevea algo que el legislador no reguló, pues lo que estamos planteado es que los tribunales, siguiendo la óptica que ofrece Gargarella a partir de la lectura de Hamilton, hagan valer la Constitución porque la voluntad popular reside en ese documento y no en el Congreso.¹⁰

Ante ello, queda pendiente el argumento de si la Constitución puede interpretarse en distintos sentidos y por qué serían los tribunales quienes impongan la agenda de los derechos; la respuesta es que cuando existen escenarios de graves violaciones de derechos humanos, el poder judicial como guardián constitucional está llamado a impulsar esa doctrina de derechos que, *forzados* a surgir, procuran en el futuro evitar que se repitan esas violaciones.

De este modo, el desafío no está en maniatar al poder judicial, sino en que a partir de la postura interpretativista en sentido amplio e inserta en el constitucionalismo democrático, los tribunales no coqueteen con un principialismo exacerbado o un neoconstitucionalismo trunco que sin respaldo sólido buscan extender *inexplicablemente* la nómina de los derechos humanos.

Sino que la misión fundamental es que las altas cortes impriman un sentido coherente a la carta constitucional y la construcción de este tipo de derechos equivalga a una reacción institucional que de manera emergente busca dar soluciones normativas al problema de la desaparición forzada o el desplazamiento forzado, sin dejar en el desamparo a las víctimas.

En conclusión, *posiblemente* sí sea viable hablar de una nueva gama de derechos humanos porque surgen en contextos de violencia y falencias estructurales, pero son necesarios pues sirven de guía para la organización jurídica e impulsan la posibilidad de configurar distintas operaciones jurídicas no contempladas en la ley, pero que su importancia es de tal magnitud que exige de los tribunales una deliberada expresión como respaldo del ideal de los valores que protege la Constitución y de que su trasgresión jamás podrá ser tolerada.

Detrás queda este aroma kantiano de que a los tutores de la Constitución se les ha confiado una encomienda que tiene por objetivo la protección de los bienes fundamentales

¹⁰ Gargarella, *La derrota del derecho en América Latina*. Óp. Cit. 29.

que son inmanentes al sistema democrático y que, sin ellos, el sistema constitucional se deterioraría.¹¹

Podemos sentar una respuesta *preliminar* de que es posible hablar de la categoría de derechos humanos *forzados*, los cuales obedecen a causas sistémicas de las falencias del Estado y que son la última expresión a la que pueden acudir las personas e instar los tribunales con el voto de confianza de que en esa situación límite dejarán de encontrarse en la orfandad constitucional en que se les ha colocado por tan graves violaciones de otros derechos.

IV. ¿QUÉ TIPO DE NORMA ES UN DERECHO HUMANO FORZADO?

En su teoría de los conceptos jurídicos fundamentales, Wesley Hohfeld hace la famosa distinción entre derechos y deberes. Para tal efecto, utiliza las nociones de privilegio, potestad, inmunidad, sujeción e incompetencia. El concepto potestad (el cual es contrario al de incompetencia) es lo que faculta a una persona para que pueda establecer una dimensión correlativa de deber en una relación jurídica.¹²

Por ello, el profesor norteamericano diferenció cuatro clases de derechos subjetivos: las pretensiones o derechos en sentido estricto, los privilegios, las potestades y las inmunidades. No obstante, señala que son ocho conceptos: derechos y deberes, privilegios y no derechos, potestades y sujeciones, inmunidades e incompetencias lo que puede llamarse el *mínimo denominador común del derecho*.¹³

Los privilegios son usados comúnmente como una derivación o transacción vinculadas con una condición previa. La potestad es ese poder jurídico que faculta en la relación jurídica la posibilidad de exigir un resultado. La inmunidad está asociada a la idea de libertad y aquello que no puede ser transgredido. En tal sentido, la idea de derechos tiene estricta vinculación con las nociones de derecho y deber, así como de privilegio y no derecho, donde hay formas institucionales donde los conflictos suelen resolverse bajo estos

¹¹ Carlos Nino indica que «[...] Existen bienes tan fundamentales para la preservación y promoción de los derechos humanos que, si ellos no fueran provistos, el proceso democrático se deterioraría tanto que su valor epistémico se desvanecería [...] Sin embargo, debemos ser cuidados al limitar los casos en que estamos dispuestos a interferir con el sistema democrático para su propia protección [...]» Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*. Óp. Cit. 276.

¹² Hohfeld sostiene: «[...] Un derecho es una pretensión afirmativa de un individuo frente al derecho o la pretensión de otro. Del mismo modo, una potestad es el contralor afirmativo que un individuo ejerce sobre una relación jurídica dada, respecto de otro individuo; mientras que la inmunidad es la libertad de una persona frente a la potestad jurídica o contralor jurídico de otro, con respecto a una relación jurídica [...]» Wesley Hohfeld, *Conceptos jurídico fundamentales*, (México: Fontamara, 2014) 81.

¹³ Hohfeld, *Conceptos jurídico fundamentales*. Óp. Cit. 93.

conceptos. Por ende, la aportación fundamental de Hohfeld, de acuerdo con Genaro Carrió fue elucidar el significado de las nociones fundamentales y sus relaciones recíprocas.¹⁴

Por su parte, Kelsen entendió al *derecho subjetivo en sentido estricto o sentido técnico*, como aquél donde existe un deber y está acompañado de un poder jurídico desarrollado en una acción procesal que permite hacer exigible el cumplimiento del referido deber. Para entender el planteamiento kelseniano, es necesario tener como referencia su comprensión de norma jurídica, en el sentido de que debe prever una sanción al incumplimiento de un deber.¹⁵

De alguna manera, la postura de Kelsen aboga por una concepción formalizada, en cuanto a que el derecho subjetivo es la forma, no el contenido del derecho, por lo que el instrumento sirve a la protección, pero no se configura con los alcances de lo *protegido*. Para muchos, ésta ha sido una concepción minimalista del alcance de los derechos. No obstante, en estricto rigor, su valor fundamental está en la noción del poder jurídico que esa categoría otorga para activar el cumplimiento de una obligación.

Desde luego, hay otras distinciones modernas sobre los conceptos de derechos, como la planteada por Ferrajoli, para quien, desde una visión estructural, son aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar y añade que el derecho subjetivo es cualquier expectativa positiva de prestaciones o de no sufrir lesiones adscrita a un sujeto por una norma jurídica y según la condición del sujeto.¹⁶

Otra referencia conceptual, la encontramos en Alexy quien sostiene que un análisis estructural, para analizar los derechos subjetivos como relaciones lógicas deónticas y desde la teoría de los principios. La primera hace referencia a las posiciones y relaciones jurídicas que interesan en las propiedades normativas de las personas y acciones; mientras que la segunda se refiere a los principios como mandatos de optimización, ésta última que se refiere a la cuestión de que pueden ser satisfechos en distinto grado y de que no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también jurídicas.¹⁷

Así, tenemos que existe una variada tipología de derechos. Por lo general se tienen como referencia siempre las posturas de Hohfeld o la de Kelsen que son agrupadas por Carlos Nino del siguiente modo: *i) derechos-libertades* que implican la ausencia de prohibición y por sí mismos, no proveen alguna protección; *ii) derechos-autorizaciones* son producto de

¹⁴ Hohfeld, *Conceptos jurídico fundamentales*, Óp. Cit. 21.

¹⁵ Hans Kelsen, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, trad. Wenceslao, Rocés, (México: Porrúa, 1987) 498-545.

¹⁶ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, (Madrid: Trotta, 2002), 37.

¹⁷ Robert Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, (Perú: Palestra, 2019) 55-60.

normas permisiva y están inmersos en alguna otra clasificación; *iii) derechos-privilegios* donde son correlativos a obligaciones activas o pasivas de otras personas.

También están los *iv) derechos-acciones* dan la posibilidad de accionar frente a algún órgano para exigir el cumplimiento de obligaciones correlativas; *v) derechos-competencias* los cuales habilitan emitir normas que alteran la relación jurídica con otras personas y *vi) derechos-inmunidades* son correlativos a la falta de competencia de otros para alterar la situación jurídica del titular del derecho.

El funcionamiento de la categoría de derechos depende de cuál sea el tipo de obligación y qué calidad tiene el sujeto que interviene en ella.¹⁸ Si un derecho accidentalmente es creado por la violación de otros no es un evento accidental en la historia de los derechos, pero sí guarda especiales peculiaridades porque el disfrute o goce del derecho puede venir acompañada de pesadumbre y desconsuelo.

Es difícil hacer una clasificación precisa, para los efectos de este trabajo, en relación con las distintas dimensiones del *entendimiento* de derechos que se han hecho por los cinco juristas citados. No obstante, sí es viable atender a una categorización interactiva, entre los distintos elementos que de ellos prevén en sus aproximaciones.

El punto donde coinciden la gran mayoría es en la relación jurídica condicional que reconoce la *potestad, vía procesal* o *grado de exigencia* de determinadas obligaciones o deberes por desplegarse, en virtud de la protección valiosa que exige su interacción con los intereses profundos que son salvaguardados en ellos. Igualmente, coinciden en que hay un margen de maniobra a su exigencia, donde entra necesariamente la dimensión institucional para que se hagan exigibles y viables a su concreción.

Esa dimensión institucional, vista en el problema analizado, la podemos colocar en el plano de los tribunales, a los que se acude bajo una vía procesal que surge de una relación jurídica de transgresión, mediante la cual, dichos órganos judiciales entran a dar cobijo a una serie de intereses valiosos producidos por un marco de falencias estructurales y violencia generalizada en el país, donde la principal característica es que las personas activan estos mecanismos, pero no por un deseo o aspiración de beneficio positivo, sino en una mecánica de resignación, desamparo y resiliencia inevitable al sufrimiento.

Así, podemos decir que sí se actualiza una vertiente de derechos *indeseables*, en cuanto al término de titularidad y disfrute porque, con esos *derechos humanos forzados* ocurre que las personas se despiden del disfrute o goce para darle entrada a la aflicción y a la valentía, los cuales en esa taxonomía normativa pueden ser entendidos como *derechos de acción* porque coloca a la persona frente al Estado con la facultad de exigirle el cumplimiento impostergable de sus obligaciones fundamentales.

¹⁸ Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*. Óp. Cit. 72.

Incluso, en un sentido más teórico, se trata de principios explícitos porque son razones para la acción y que otorgan un poder pues dan atribución a la persona para hacer valer sus intereses últimos frente al estado de desigualdad en que se encuentran frente al Estado que les impide hacer valer sus intereses.¹⁹

Además, en su función legitimadora, estos derechos, entendidos como principios, son también una técnica de ingeniería social porque la transforma desde pretensiones de corrección moral que hacen palpable la categórica exigencia de que el poder público comienza a impulsar los equilibrios mínimos, desde una perspectiva humanitaria: la autonomía personal y la dignidad humana.

En ese sentido, la expresión de estos derechos tiene prescripciones, pero sobre todo resguardan juicios de valor porque se traducen en una medida necesaria que integra la obligación del Estado con la exigencia ética que la respalda, teniendo como objetivo liberarse de la atadura que causa la violación a los valores democráticos.

Ante ello, tenemos que no son derechos deseados, pero sí son necesarios porque a través de ellos se reparan las injusticias e impunidad que causa la desaparición forzada. Los tribunales cuando los construyen o crean no están pensando en de qué están conformados —si del deseo de gozar y disfrutar del derecho humano—, sino en por qué existen y para qué propósito sirven.

Es una forma en que los tribunales funcionan como factores de saneamiento constitucional porque a causa del dolor y sufrimiento proveen de instrumentos de protección de aquellos contenidos de moralidad que, ante el silencio normativo, dan vitalidad al latido constitucional que como intención democrática interpreta que es el momento clave para ejercerlo, en tanto despiertan de su letargo las autoridades que con el incumplimiento de sus obligaciones dan nacimiento a los *derechos forzados*.

A manera de cierre podemos encontrar que, paradójicamente, del desplazamiento forzado de personas también vienen implicados derechos humanos *forzados*, en la medida en que se configuran como elementos de protección que provienen precisamente del desplazamiento que causan aspectos como el daño ambiental, el desarrollo económico o los conflictos armados.

Muchos son los contextos y circunstancias que provocan un desplazamiento forzado de personas, pero en ellos el rasgo común es que el Estado actúa en la franca ilegalidad, sea por acción u omisión. De suerte que genera una serie de afectaciones que trastocan valores de primera importancia en las personas: su vida, integridad, identidad, salud, vivienda, entre otros.

¹⁹ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, (Barcelona: Ariel, 1996) 11-19.

Incluso, el efecto migratorio que trae consigo el desplazamiento forzado conlleva también un entorno de derechos que constituyen una expresión de ellos, ya que es *dada en un contexto de normalidad*, pero que las personas se *ven forzadas* a tener que hacer exigencia de ellos, pero en un goce o disfrute de *anormalidad*.

Dicho de manera distinta, lo anterior significa que las personas generalmente disfrutaban de sus derechos a la vida, integridad, salud, identidad, vivienda, etcétera; sin embargo, cuando es provocado ese desplazamiento forzado, deben trasladarse y reubicarse geográficamente, sin deseo alguno de tener que sufrir ese alejamiento de su lugar de residencia y arraigo de vida. Por tanto, ahora exigen disfrutar de esos mismos derechos que en estricto sentido ya tenían garantizados antes del desplazamiento; no obstante, una vez que ocurre ese fenómeno, la distinción está en que las personas sí se ven obligadas a tener que ejercer esos derechos en contextos que no deseaban.

Entonces, son un subtipo de derechos humanos *forzados*, en el sentido de que la situación del entorno circunstancial de ilegalidad somete a las personas a un ambiente hostil de disfrute de derechos porque se ha desvanecido la opción de gozar de ellos, en un marco de *normalidad*. En otras palabras, esta paradoja del desplazamiento *forzado* hace también que las personas se vean compelidas a exigir derechos en un entorno *forzado* porque su protección es derivada de la violación de otros derechos. Así es que se presente un doble efecto *forzado* que recae en la persona.

Lo anterior, pone en evidencia que este tipo de fenómeno social y problemática jurídico-política coloca en una situación de desventaja a las personas, pero la intenta paliar a través de la garantía de una serie de derechos, con los cuales ya cuentan, pero que ahora se verán en la necesidad de gozar de ellos, bajo un contexto *forzado* en la anormalidad contextual de sus circunstancias.

Los retos que enfrenta la jurisdicción constitucional en este terreno y las otras violaciones mencionadas es constituirse como un elemento de integración de los contenidos constitucionales a la luz de las nuevas necesidades que provienen, regularmente, de episodios violentos que atentan contra los derechos de las personas. En otras palabras, es posible encontrar en la función interpretativa y constructiva de este tipo de derechos también una inercia a la *fuerza* causada por un conjunto de problemas estructurales que se manifiestan en la inacción estatal que provocan miedo, rabia, dolor, miseria y sufrimiento en las personas y sus familias.

Ante ello, los tribunales no pueden renunciar a su tarea de protección de los derechos, ni tampoco abandonar la empresa, por más compleja que sea, de integrar y equilibrar, en la mayor expresión de *esfuerzos* posibles, los contenidos constitucionales frente a la flagrante y violenta realidad que viven quienes se encuentran padeciendo ese dolor y desprotección.

La misión que tienen los tribunales, en este tipo de coyunturas y discusiones, tiene que ver con un adecuado y medurado ejercicio de interpretación armonizadora, desde lo racional y razonable, con voz emancipadora pero coherentista.

De ese modo, se evita el deliberado activismo, la porosidad argumentativa y la etérea concreción material de los derechos humanos para contrarrestar al efecto *éter del derecho humano* que provoca más ruido que efectiva emancipación, protección y redignificación.

Sólo así, se entiende y da protección efectiva, al entendimiento de que los tribunales constitucionales son, en palabras de Martin Loughlin, una bóveda institucional que resuelve las cuestiones políticas y morales más controvertidas. Por ello, para mantener esa bóveda en salvaguarda, también los tribunales deben actuar bajo un margen de racionalidad y razonabilidad que no resulte lesivo al sistema constitucional.

Finalmente, de algún modo este efecto de los derechos humanos *forzados* son una revelación de la lógica histórica de los derechos humanos a la que se refiere Ferrajoli, cuando explica que las *lecciones de la historia* se refieren a *los nunca más*, como expresiones contra las opresiones y discriminaciones que han sido denunciadas como intolerables en las luchas, por medio de las que esos derechos han sido reivindicados o conquistados.²⁰

La expresión más potente para englobar a los derechos humanos *forzados* puede ser la de su talante democrático y emancipador que han provocada todas las falencias estructurales de violencia que desgarran de dolor a cientos de miles de personas y que son conocidas de primera mano dentro de las jurisdicciones a las que toca brindar remedios paliativos que son una manifestación legítima del descontento democrático e institucional en países como México.

V. APUNTES FINALES

Post y Siegel señalan que la Constitución debe inspirar lealtad y compromiso, aun cuando existan desacuerdos de manera persistente. El poder judicial ha abierto la conversación con el pueblo, escuchando sus necesidades y tratando de corregir las falencias estructurales que ocurren ante la problemática de la desaparición forzada de personas procurándoles hacerles sentir esa lealtad hacia los valores que promete la Constitución.

La taxonomía moderna de derechos humanos, desde Hohfeld hasta Alexy, entre Kelsen, Ferrajoli y Nino, permite hacerles coincidir en el punto específico de que la relación institucional de esos derechos está marcada en gran medida en la reacción que, frente a

²⁰ Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. Greppi, Andrea (Madrid: Trotta, 2006) 124.

ellos, desarrollan los tribunales para colmarlos de contenido y delinear sus horizontes futuros.

Así, la función del poder judicial en la construcción de estos derechos está encaminada a lograr la hazaña de que los valores constitucionales queden intactos, aun cuando para conseguirlo se tenga que recurrir a soluciones normativas indeseables que bien podemos llamar *derechos humanos forzados*, finalmente su misión es constituirse como instrumentos paliativos que visibilicen la violencia e inacción del Estado.

La categoría denominada *derechos humanos forzados* seguramente sea problemática y adquiera un cariz de persuasión en torno a los mismos problemas que los hacen germinar (desaparición y desplazamiento forzado); sin embargo, es pertinente ocuparse de nuevos entendimientos de los derechos, cuando las víctimas se ven orilladas a hacer uso de ellos y además ven comprometida su integridad, vida y libertad, para hacerlos exigibles.

El problema de la desaparición forzada de personas en México es un fenómeno que no encuentra respuesta en los *derechos humanos forzados*, ni tampoco éstos incorporan estrategias de acción coordinada para solucionarlo; no obstante, sí son una expresión normativa, cuyo sentido se orienta hacia las formas institucionales posibles de extender una protección adecuada a la dignidad de las personas.

La aspiración de estos derechos es evidenciar las reacciones y poner énfasis en la intolerancia a la violación sistemática de derechos humanos, posicionando el desencanto hacia los derechos como parte una agenda impulsada desde los tribunales, como signo de representación democrática que simbolice que ya no es soportable sacrificar más violaciones graves de derechos.

El Estado está llamado a la atención y solución de sus falencias. Es una obligación intransferible. Es un voceo público. Es una llamada urgente. El *derecho humano forzado* no es una convocatoria, ni una amable solicitud. Es un signo de orfandad. Un grito de abandono. Un momento impostergable. Un mal necesario. Una triste pena. Una oportunidad de reconciliación constitucional hasta en tanto este tipo de derechos no sea necesario siquiera nombrarlos de nuevo.

De alguna manera con ello, el poder judicial está promoviendo la Constitución ideal de la que habla Carlos Nino porque coloca bajo vigilancia al texto constitucional, contrasta las ausencias del Estado y procura la continuidad de los valores fundamentales preservando su práctica democrática.²¹

²¹ Martin Loughlin, *Against Constitutionalism*, (Estados Unidos: Harvard University Press, 2022) 191.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Perú: Palestra, 2019.
- Ansolabehere, Karina, Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel. *Los derechos humanos y la violencia: Estado, instituciones y sociedad civil*. México: FLACSO, 2015.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.
- Caballero, Pedro. «Sobre la ontología y metafísica de las normas jurídicas». *Isonomía*, núm. 57, 2022, pp. 34-68.
- Dworkin, Ronald. *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2012.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta, 2002.
- Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. Greppi, Andrea, Madrid: Trotta, 2006
- Gargarella, Roberto. *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2020.
- Hohfeld, Wesley, *Conceptos jurídico fundamentales*, México: Fontamara, 2014.
- Loughlin, Martin. *Against constitutionalism*. Estados Unidos: Harvard University Press, 2022.
- Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, trad. Wenceslao, Roces, México: Porrúa, 1987.
- Nino, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
- Post, Robert y Siegel, Reva. *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.
- Vilajosana, Josep. *El derecho en acción: la dimensión social de las normas jurídicas*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

¿Es posible hablar de una categoría de derechos ...
EX LEGIBUS, Número 20, abril de 2024, pp. 347-364

¿Es posible hablar de una categoría de derechos ...
EX LEGIBUS, Número 20, abril de 2024, pp. 347-364