

Daniel Tenorio Pérez* (México)

La efectividad de las reglas constitucionales a través del concepto obligación: una propuesta teórica para el ejercicio colectivo de los derechos humanos

RESUMEN

Este artículo aborda uno de los fenómenos más complejos de la teoría jurídica, que, a su vez, interpela al derecho constitucional e internacional de los derechos humanos: la efectividad normativa y lo que hay tras ella, pues, en diversas ocasiones, la ausencia de su materialización suele ser problemática. Para ello, se pretende estudiar la teoría de la obligación de Hart, que explica la interiorización de las obligaciones para ser llevadas a las prácticas institucionales. Asimismo, se revisan las modificaciones teóricas posteriores, introduciendo la teoría ética como punto de encuentro de una razón común que sirva como referencia para la efectividad de una norma colectiva deseable.

Palabras clave: obligación; efectividad; Constitución.

The effectiveness of constitutional rules through the concept of obligation, a theoretical proposal for the collective exercise of human rights

ABSTRACT:

This article addresses one of the most complex phenomena of legal theory, which in turn interpellates constitutional and international human rights law. This is the phenomenon of normative effectiveness and what lies behind it, because the absence of the materialization of the same has often been problematic. The article studies this through Hart's obligation theory, which explains the internalization of obligations to be carried out in institutional practices. It also reviews subsequent theoretical mo-

* Abogado, Universidad Nacional Autónoma de México; maestrante en Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires. Actualmente labora en el Poder Judicial de la Federación. danieltenorio9875@gmail.com / código orcid: [0000-0002-7111-5943](https://orcid.org/0000-0002-7111-5943).

difications, introducing ethical theory as a meeting point of common reason, which serves as a reference for the effectiveness of a desirable collective norm.

Keywords: Obligation; effectiveness; Constitution.

Zur Wirksamkeit von Verfassungsbestimmungen mithilfe des Verpflichtungsbegriffs: ein Theorieansatz zur kollektiven Wahrnehmung der Menschenrechte

ZUSAMMENFASSUNG:

Der Beitrag befasst sich mit einem der vielschichtigsten Phänomene der Rechtstheorie, das sowohl hinsichtlich des Verfassungsrechts als auch des internationalen Rechts der Menschenrechte die Frage der Wirksamkeit von Normen und ihrer Grundlagen angesichts des wiederholten Problems ihrer fehlenden Materialisierung aufwirft. Dieser Frage soll auf der Grundlage der Verpflichtungstheorie von Hart nachgegangen werden, um die Internalisierung der Verpflichtungen mit dem Ziel ihrer Umsetzung in die institutionelle Praxis zu erklären. Darüberhinaus erfolgt eine Durchsicht der späteren theoretischen Weiterentwicklungen durch die Einführung einer Ethiktheorie als Kern eines Common Sense, der als Referenz für die Wirksamkeit wünschenswerter kollektiver Normen infrage kommt.

Schlagwörter: Gewährleistung; Wirksamkeit; Verfassung.

Introducción: el problema de la efectividad

La ausencia de efectividad de las reglas constitucionales se debe a dos cuestiones aparentemente separadas, pero, en realidad, vinculadas. Por un lado, existe un elemento ideológico respecto de la forma en que los operadores de un sistema jurídico (*practicantes legales*) piensan que funciona dicho sistema. Esta manera tan particular de concebir un sistema legal y algunos conceptos predetermina el modo en que el derecho se practica. Para algunos autores, como Esquirol,¹ casi toda América Latina extrae sus convenciones ideológicas de la Europa continental, transfiriendo figuras o conceptos legales al debate latinoamericano. Esto es problemático, pues dichas figuras responden a determinados contextos sociales y culturales propios de las sociedades europeas, que resultan sin efecto para las circunstancias latinoamericanas, lo que termina por descartar soluciones prácticas que no se apegan al canon ideológico sostenido por la mayor parte de los *practicantes legales* y académicos. Por otro lado, el debate se suele enfocar en cuestiones contextuales, como la corrupción, la violencia y la desigualdad.

¹ Jorge L. Esquirol, *Ruling the Law. Legitimacy and Failure in Latin American Systems* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2020), 12-16.

Sin embargo, hay ciertas conexiones entre las cuestiones ideológica y contextual, pues la ideología no permite introducir respuestas distintas al canon; por lo general, busca construir efectividad por medio de las instituciones y conceptos trasplantados que no corresponden a las lógicas sociales y culturales de América Latina.

Por ejemplo, en México se introdujo la reforma constitucional del año 2011, a la vez que se introdujo una reforma del juicio de amparo.² Sin embargo, no se acompañó de una reforma judicial a fondo que pudiera distribuir las excesivas cargas de trabajo, ni las maneras de configurar jurisprudencia, pues anteriormente se consideraba que la Corte debía llegar a fallar cinco veces en un mismo sentido, lo cual era muy demorado. En este sentido, la actual Presidencia de la Suprema Corte mexicana ha hecho un esfuerzo enorme por superar estos inconvenientes, por ejemplo, la profesionalización de fondo de la carrera judicial o la introducción del sistema de precedentes.³

Esto es muestra del uso desmedido de la legislación como respuesta institucional ante la ineffectividad de las reglas, sin un estudio previo de la razón por la cual no funciona o, al contrario, sí funciona. Por lo general, estas posturas vienen acompañadas de una ausencia de criterios respecto de la accesibilidad ciudadana del recurso o institución legal que se crea, pues parte de este canon es divorciarse de la población, que es quien está viviendo dichos problemas de la ausencia de efectividad y, por ende, no conocer todas las aristas contextuales del problema.

En este sentido, se analizará el concepto de obligación, para que pueda ser reformulado teóricamente y que, a su vez, permita la construcción de efectividad como una tarea colectiva tanto de instituciones como de las sociedades latinoamericanas en general.

1. La obligación y las teorías del *command*

La teoría del *command* ha marcado gran parte de la tradición del positivismo jurídico, sobre todo en la Europa continental, así como en América Latina. Esta teoría se enfoca en concebir todas las reglas jurídicas como mandatos que de alguna forma indican, legalmente hablando, la manera en que una persona o funcionario debe actuar. Estas reglas, además, son derivadas de un procedimiento constitucional tildado como superior. De tal suerte que cuando se habla de reglas jurídicas en general, inmediatamente se hace referencia a mandatos legitimados por un proceso legislativo introducido en la Constitución. Sin embargo, para que el mandato sea

² Carlos M. Pelayo Möller, *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos* (México: CNDH, 2011), 13.

³ Poder Judicial de la Federación, “Reforma Judicial con y para el Poder Judicial”, Ciudad de México, 12 de febrero de 2020, acceso el 20 de febrero de 2020, <https://www.reformajudicial.gob.mx/secciones/reforma/>.

efectivamente obedecido, debe acompañarse de una amenaza de sanción, esto es, encajar en toda regla un sistema punitivo que la dote de efectividad.⁴

Por lo anterior, autores como Kelsen reconocen que todo el derecho es coercitivo y, debido a ello, toda regla contiene una posibilidad de ejercer un poder violento sobre otro. Por lo tanto, esta característica es el distintivo principal de una norma jurídica. Así, un titular de un derecho puede ir a un tribunal y exigir que se utilice la fuerza para ejecutar el pago de una deuda, siempre y cuando lo haga por medio de los procedimientos legales correspondientes, o se puede encarcelar a un individuo que haya cometido algún delito, posterior a un juicio de índole penal.⁵

Sin embargo, quedan muchas cuestiones en el aire. Para Kelsen, la función central del derecho es dotar de legitimidad y neutralidad las reglas jurídicas que, a su vez, las autoridades deben cumplir y coaccionar su cumplimiento, siempre y cuando, estas autoridades estén legitimadas por otra regla producida por un proceso legislativo. Por ejemplo, los cuerpos policíacos no podrán actuar si no han sido reconocidos como tales por una norma, y esta norma, a su vez, ha sido producida por un proceso legislativo ordinario, reconocido por la Constitución, que ha dotado de la facultad de legislar a un determinado órgano.⁶

Siguiendo este orden de ideas, Kelsen concibe una norma completa como necesariamente provista de una sanción, y aquellas que carecen de ella son entendidas como meros deseos de un legislador, pues la norma, al ser una orden, debe ser ejecutada y, para ello, el Estado debe castigar y amenazar.⁷ Esto permite constituir una relación inmersa en la obligación entre un supuesto mandato estatal y la población civil, un mandato que en teoría es neutralmente político y legitimado por completo en una legislatura electa democráticamente por medio del voto popular que sigue procesos para crear leyes y está dotado de estatus constitucional. Esta ficción borra totalmente la participación de los individuos y se sitúa en una posición jerárquica que solo ve mandatos de neutralidad política constitucionalmente legitimados que se siguen por miedo a las amenazas.

En cuanto a las instituciones, Kelsen las concibe como entes colectivos formados por individuos, quienes no responden a nombre propio cuando se viola un deber jurídico, sino a nombre de la institución. De tal manera que las autoridades pueden ser objeto de una sanción colectiva, la cual debe existir en un ordenamiento nacional; en caso de no existir, debe tomar parte del ordenamiento internacional. Esta es la base de la responsabilidad internacional, pues cuando se actúa contrariamente a

⁴ Gerald Postema, "Law as Command: The Model of Command in Modern Jurisprudence", *Philosophical Issues, Social, Political, and Legal Philosophy*, n.º 11 (2001): 470-501.

⁵ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 2009), 55-60.

⁶ Kelsen, *Teoría...*, 111.

⁷ Kelsen, *Teoría...*, 59.

un tratado que mandata la no realización de algo, quien responde es el Estado como ente colectivo, y no el funcionario a nombre propio.⁸

Para que Kelsen pueda llevar a buen puerto la relación entre la regla y la sanción, propone las normas primarias y secundarias.⁹ Una norma primaria será aquella que prescribe la sanción o pena respecto de una persona que decida actuar en contra de una norma. La norma secundaria es una consecuencia lógica de la norma primaria. A partir de ello, Nino da un ejemplo de su funcionamiento: si una persona mata, deberá sentenciársele a 10 años de prisión (norma primaria), por lo tanto, no se debe matar (regla secundaria).¹⁰ Esta lógica también es parte de teorías jurídicas contemporáneas como el garantismo,¹¹ que sostiene la existencia de una relación entre una garantía primaria y secundaria; la garantía primaria fija la obligación estatal de prestar o prohibir ciertos bienes o acciones con el fin de proteger los derechos humanos, al tiempo que obliga al Estado a reparar las violaciones de estos por medio de sanciones judiciales o de una reparación, entendida esta regla como garantía secundaria.¹² De esta manera, se reproduce la lógica kelseniana, regla-mandato-sanción.

El problema con este tipo de teorías radica en que las normas primarias son dependientes de condiciones fácticas de aplicación, lo que implica mirar no solo la norma, sino los órganos encargados de ejecutarla. En el ejemplo del homicidio, se requerirá que un fiscal, no solo esté reconocido legalmente como tal, sino que acuse y pruebe que el acusado cometió el ilícito, al tiempo que debe existir un juez penal que valore las pruebas en las que cimenta la acusación y que pueda sentenciar pena de prisión.

Concebir el derecho de esta forma es confuso, porque las condiciones de aplicación son independientes de la regla, la sanción no se traduce necesariamente en efectividad, pues esta es una posibilidad empírica que no arregla las cuestiones estructurales que producen los verdaderos problemas en las condiciones de aplicación. Esta lógica de mandato-sanción es sostenida por la mayor parte de los Estados latinoamericanos, ya que creen que al introducir obligaciones derivadas de tratados internacionales dentro de sus constituciones, producirán una aplicación y adecuación efectiva, reforzada, a su vez, por la probable sanción de un organismo internacional hacia el Estado que incumple con tales obligaciones. Esto termina por constituir un velo ideológico que no permite explicar la razón por la cual no son cumplidas las obligaciones internacionales en sede interna.

⁸ Kelsen, *Teoría...*, 105-106.

⁹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982), 67.

¹⁰ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Barcelona: Editorial Ariel, 2003), 84.

¹¹ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Editorial Trotta, 2009), 45-46.

¹² Ferrajoli, *Los fundamentos...*, 45-47.

1.1. Los defectos de las teorías del *command* en relación con la obligación, una alternativa más allá de la sanción

Hart fue el primer teórico que arrasó con las teorías del *command*. Primeramente, demostró que el derecho entendido solamente en términos de sanción es una afirmación difícil de sostener, pues se requiere más que el castigo para comprender un sistema jurídico. Asimismo, cimentó la dimensión interna del punto de vista como un elemento relevante para identificar el funcionamiento del derecho, que, a su vez, le permitió concebir conceptos puente entre los individuos y este, tales como la obligación jurídica, cimentándola en términos de razón cognoscitiva de quienes llevan a cabo sus obligaciones legales.¹³

En este sentido, manifiesta que existe una diversidad de normas y que es una imprecisión decir que toda regla jurídica es una orden proveniente de un soberano, legislador o producto de un proceso legislativo reconocido en una Constitución, así como también es una imprecisión concebir que toda norma requiere una sanción para ser una norma, lo que puede ser cierto para las leyes penales, las cuales siguen esta lógica; sin embargo, estas reglas no son las únicas.¹⁴

Así, las reglas también facultan a los individuos para ejercer su propia voluntad dentro de un marco legal determinado y no necesariamente prevén una sanción; casos como el matrimonio o la realización de un testamento son elementales para entender este punto. De este modo, un individuo ejerce una facultad que le permite hacer algo o no, dependiendo de la capacidad de racionalizar su mejor interés. Podremos decir entonces que si uno quiere contraer nupcias deberá seguir la fórmula legal para el reconocimiento del acto ante autoridades oficiales, pero no necesariamente pondrá al sujeto en una sola vía de acción, como en el caso de la sanción. Nadie estaría dispuesto a afirmar que el hecho de que existan reglas sobre cómo contraer matrimonio, necesariamente nos obligue a casarnos.¹⁵

Esta segunda lógica de las reglas es compartida también por las instituciones, a las cuales no se les reconoce derechos sino facultades, permitiendo la funcionalidad de un juzgado, una legislatura o un cuerpo administrativo. Con ello, una regla no solo reconoce una facultad, sino también las reglas orgánicas que le dan el estatus a una institución y le permiten operar, sin necesidad de poner sanciones, con excepción de las malas actuaciones que requieran corrección. Por ejemplo, sería descabellado que se sancionara a un juez o a los miembros de un tribunal por el hecho de no atraer un caso a una jurisdicción, por no considerarlo relevante; sin embargo, no sonaría descabellado sancionar a un juez por actos de corrupción.

¹³ Herbert Leonel Adolphous Hart, *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012), 127-129.

¹⁴ Hart, *El concepto...*, 35.

¹⁵ Hart, *El concepto...*, 36.

Esta lógica también funciona para explicar cuestiones de invalidez, inconstitucionalidad o inconvencionalidad. A partir de ella podemos inferir que uno no puede decir que se castigó a una legislatura cuando se declaró inconstitucional su norma por medio de una sentencia de un tribunal constitucional; lo correcto sería afirmar que la ley de determinado cuerpo legislativo se declaró inválida en razón de que no contenía los requisitos constitucionales mínimos. Cuando una legislatura no cumple los requerimientos para la producción de una norma, simplemente es anulada por otro órgano con el estatus legal para ello, como puede ser una corte constitucional.

Partiendo de lo anterior, Hart construye un modelo de reglas para explicar el funcionamiento del derecho; la famosa correlación entre las reglas primarias y secundarias, que explican la interrelación de las prácticas institucionales y sociales respecto de un sistema jurídico. Una regla primaria será aquella que prescribe que ciertos individuos realizarán ciertos actos, lo quieran o no, y pueden convertirse en una base crítica para la exigencia de su cumplimiento. A esta norma primaria le sigue una secundaria que permite introducir nuevas reglas, así como extinguirlas, modificarlas o adjudicarlas.¹⁶ Precisamente en esta regla secundaria se formula la famosa regla del reconocimiento, que es la aceptación tácita por parte de los funcionarios públicos de ciertos estándares para la creación de derecho y que permite reconocer que cierta norma o sentencia pertenece al sistema jurídico. Por ejemplo, entre las reglas de reconocimiento puede encontrarse el proceso legislativo, al mismo tiempo que prácticas no reguladas en ninguna normativa, como el precedente judicial del *common law* o la costumbre internacional.

Explicado lo anterior, Hart da el paso definitivo. ¿Cómo concebir entonces la obligación a partir de una regla primaria? hay una dualidad en este concepto. En el lenguaje común existe una diferencia palpable entre verse obligado a algo y estar obligado a algo. Uno puede ser amenazado por un ladrón para que le entregue sus pertenencias y verse obligado a ceder a su pretensión, pero necesariamente no se tiene una obligación con él. Lo que hace que un individuo actúe es precisamente considerar su propio bienestar como algo importante, prefiriendo desprenderse de una posesión material a sufrir daños. Sin embargo, su acción está basada en una probabilidad empírica de daño.

Para que alguien esté obligado, no se requerirá que un individuo crea verse obligado; la obligación es independiente de las creencias y los razonamientos de la gente. A pesar de ser dos cuestiones distintas, una no está desligada de la otra.

Este es el elemento principal para ir desarticulando la visión de norma-obligación-sanción de Kelsen, puesto que la existencia de una obligación dentro de un sistema legal, no puede depender de una posibilidad empírica de sanción; puede ser prevista, pero no es su componente principal, lo que desarma, además, la efectividad predictiva de las normas. No porque exista una regla que indique estar obligado a hacer el servicio militar y una sanción que señale que será arrestado quien

¹⁶ Hart, *El concepto...*, 101.

infrinja esta disposición, será efectivamente aplicada. Puede que el sujeto obligado no cumpla y huya, escondiéndose para no ser arrestado y sancionado, y no por ello diremos que hacer el servicio militar no es una obligación o que la posibilidad de ser sancionado sea falsa.

Entonces, ¿cuáles son las características que nos permiten reconocer una obligación? Según Hart, la obligación es el conjunto de dos elementos. Primeramente, son reglas a las que se les introduce un modelo o pauta de conducta deseable que conforma un contexto determinado. De manera secundaria, estas reglas aplican para determinados sujetos en función de los hechos introducidos en ellas.¹⁷

De lo anterior, se establece que existe un deber derivado de una obligación. En términos no analíticos, estos conceptos suelen ser confundidos; la obligación y el deber no son sinónimos. Uno puede decir que el Estado debe cumplir su obligación de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, en situaciones que requieran acciones específicas. En este ejemplo, la obligación y los valores intrínsecos que se encuentran en ella, tales como los derechos humanos, sirven como un modelo deseable de cumplimiento y una base crítica para que los sujetos reconocidos por la regla actúen de conformidad con los hechos introducidos en ella.

En este sentido, quedan dos eslabones que el concepto deja detrás: ¿Por qué un teórico que se pregunta por el funcionamiento del derecho debe poner atención a los reclamos populares, a las exigencias de cumplimiento respecto de una obligación internacional o constitucional, a la presión social que se ejerce en las manifestaciones sociales? ¿No bastaría solamente describir lo que las autoridades hacen o las formas en que deciden los jueces de determinadas cortes constitucionales?

Para responder estas dos preguntas, Hart busca explicar la diferencia entre el punto de vista externo y el punto de vista interno respecto del funcionamiento del derecho. Un observador externo buscará en la sistematización del derecho la exposición detallada de lo que las instituciones hacen, explicará qué dice una sentencia o norma, tal vez, introduzca la descripción del comportamiento social como un patrón regular de conducta cimentado en una posibilidad empírica de predicción. Sin embargo, quien describe no aceptará las normas como aplicables para su persona, como quien observa una partida de ajedrez y registra los movimientos.

Al contrario, un punto de vista interno nos pone en los zapatos de quienes viven un sistema jurídico determinado, buscando explicar cómo es que una regla que estipula una obligación influye en su conducta y sirve de guía para su comportamiento, al igual que las instituciones de las cuales posteriormente podemos determinar si cumplen o no su obligación.

El gran descubrimiento hartiano se enfoca en poner a los sujetos, no como objeto estático de los mandatos de autoridad, sino como sujetos razonables y pensantes, que analizan las reglas y que de una u otra forma las internalizan y expresan sus puntos de vista, a partir de los cuales actúan; es una especie de razonamiento práctico que

¹⁷ Hart, *El concepto...*, 106.

considera posibilidades de tomar o no los riesgos de cumplir una norma y de ser conscientes de ello.

De esta forma, una persona puede cumplir su obligación con independencia de ser posiblemente sancionada, porque, para ella, el contenido de dicha regla es una buena razón para la acción, como puede ser la lógica estatal del servicio a la ciudadanía.¹⁸ Por ejemplo, para un ciudadano, la obligación de pagar impuestos es justificable, porque estos sirven para proporcionar servicios públicos de los cuales disfruta y, consciente de ello, contribuye a esa labor. Con ello, Raz concibe la obligación a partir de la visión hartiana y concluye que las obligaciones legales son buenas razones para actuar y en su cumplimiento puede introducirse el interés de quien se ve obligado a cumplir.¹⁹

1.2. La justificación moral de las obligaciones como una condición necesaria para su seguimiento

A pesar de que tanto Hart como Raz clarificaron mucho de aquello que permanecía en la oscuridad respecto del término obligación, lo cierto es que queda aún una cuestión por responder: ¿Las obligaciones que se introducen en las reglas deben tener necesariamente un mínimo contenido de moralidad para ser obedecidas?

Pondré dos ejemplos para llegar al punto que quiero introducir, el primero moralmente repugnante y el segundo moralmente justificable.

En un ejemplo histórico, el régimen nazi perseguía a las personas de origen judío por medio de la introducción de ciertos delitos que las convertían en enemigas del Estado alemán, sancionándolas con cárcel por su pura existencia.²⁰ De esta norma se desprenderían otras más, como la obligación impuesta a los ciudadanos alemanes de denunciar a la persona de origen judío, informando el lugar donde se escondía o denunciando su origen familiar.

¿Podría afirmarse que la obligación de denunciar a alguien por su mero origen es una buena razón para hacerlo y que los ciudadanos se comprometerán a ello? Evidentemente su contenido normativo es totalmente injusto, ilógico y moralmente repugnante.

Ahora, pongo otro ejemplo moralmente justificado y que ha sido adoptado por la mayor parte de los Estados en Latinoamérica, relacionado con el reconocimiento de los tratados internacionales de derechos humanos como parte de su Constitución, lo que ha implicado la introducción de obligaciones estatales que las instituciones

¹⁸ Joseph Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* (New York: Oxford University Press, 1971), 177.

¹⁹ Joseph Raz, "Promises and obligations", en *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, coord. por P. M. S. Hacker y Joseph Raz (Oxford: Clarendon Press, 1977): 218-219.

²⁰ Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo* (Madrid: Alianza Editorial, 2016), 408-409.

del país deben cumplir, tales como respetar, garantizar, proteger y promover los derechos humanos. En este sentido, si un habitante de cierto país reclamara un derecho a partir de una obligación introducida en la Constitución del país que habita, relacionado con el acceso a la educación en condiciones de desigualdad, podría usar el contenido de la obligación para vincularlo a ciertos principios inmersos en los derechos humanos como una buena razón para su acción, al tiempo que partiría de una guía para conducir sus actuaciones y sería una base crítica para la inacción del Estado en el tema.

¿Cuál es la diferencia entre estos ejemplos, si cada uno puede ajustarse a la perfección al modelo de Hart y la explicación del concepto 'obligación' dado por Raz?

La respuesta está en el contenido de nuestras obligaciones, pues su composición puede reformular nuestro punto de vista por razones que no solo estén contenidas en una justificación, ya sea en un acto de autoridad o en una regla constitucional, sino también en una justificación de moralidad que sirva como punto de exigencia y construcción de soluciones comunes para los graves problemas que enfrenta América Latina. Así, resistir a una autoridad desobedeciéndola o señalando una corrección de un acto estatal, al mismo tiempo, puede servir a las autoridades para justificarse, legitimarse y reconsiderar soluciones antes no pensadas para responder a esos señalamientos.

En este sentido, Wilfried Waluchow ha propuesto dos consideraciones. La primera es que no todas las razones que toma en consideración la autoridad son buenas para la acción y, por ende, no todas las obligaciones insertadas en una regla son buenas razones para la acción, pues muchas de ellas pueden ser sustraídas de posturas utilitaristas, consecuencialistas o instrumentales, sin considerar el núcleo de moralidad objetiva inmersa en las constituciones.²¹ La segunda consideración es que las autoridades o, más bien, los individuos que componen esas autoridades actúan a partir de razonamientos específicos que les permiten inducir sus actuaciones y reconocer los contextos específicos sobre los cuales decidirán. Por lo tanto, para que un punto de vista con base en la Constitución pueda funcionar, los agentes estatales deben tener un mínimo grado de compromiso con esta.²² Por último, los individuos que viven inmersos en este juego institucional deben mirar a la sociedad y sus reclamos, pues sus miembros son quienes sufren las graves violaciones de derechos humanos y en muchas de sus demandas hay rastros de valores constitucionales; en pocas palabras, debe considerarse a la sociedad como actor importante que permite llevar la Constitución más allá de las estructuras institucionales.

²¹ Wilfried Waluchow, *Positivismo jurídico incluyente* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 146-147.

²² Waluchow, *Positivismo...*, 160.

2. La efectividad de las reglas constitucionales a través de las obligaciones

A partir de lo escrito, existe la posibilidad de comenzar a preguntarse por la efectividad y la fuerza de la ley a través de una autoridad práctica interrelacionada con una sociedad que constantemente demanda la protección de sus derechos. Sociedad y Estado pueden utilizar el concepto obligación como llave para introducir un punto de vista interno constitucional como línea guía de actuación y construcción de nuevas soluciones a nuestros problemas; una especie de *agency* compartida.

Para ello, primero, debemos rechazar la idea kelseniana de que necesariamente existe una vinculación entre obligación y sanción, pues como demostramos en este artículo, existen condiciones fácticas que imposibilitan la aplicación de una sanción. En este sentido, no negamos que la sanción puede existir en una obligación, sino que hay más elementos a tomar en cuenta, como también desechar los velos ideológicos que no permiten adoptar conceptos funcionales de práctica institucional.

De manera secundaria, debemos poner nuestra atención en un *internal point of view*, que permite racionalizar las obligaciones que se introducen en las normas, en especial, las constitucionales e internacionales, donde tanto los miembros de la sociedad como las instituciones pueden reclamar y cumplir con aquellas. Así, se conforma una especie de estándar deseable en la manera en que los funcionarios actúan, al tiempo que la obligación se convierte en una especie de base crítica exigible, no solo a las autoridades, sino también a la sociedad misma, con el fin de corregir los imperfectos de las prácticas sociales, que pueden ser contrarias a los fines constitucionales. Por ejemplo, esta guía de actuación permite exigir el cese de expresiones violentas o intolerantes, que busquen someter a algunos sectores sociales en condiciones de desigualdad, sin ser necesariamente especialistas en el tema de libertad de expresión. Entonces, debe haber un ejercicio conjunto entre la autoridad y la sociedad en la resolución de los problemas que a todos nos son comunes.

En tercer lugar, debemos considerar las obligaciones constitucionales e internacionales como buenas razones para la acción, pues, al racionalizarlas por medio del punto de vista interno, aparecen razones justificables para cumplirlas y actuar de conformidad con ellas y no solo decir que la posibilidad de una sentencia internacional es la única razón para llevar a cabo las obligaciones internacionales. De esto se desprende, además, que nuestras razones de cumplimiento deben estar constitucionalmente justificadas y, por ende, debemos descartar otras razones que puedan materializarse en el cumplimiento de la obligación, por ejemplo, las perspectivas consecuencialistas e individualistas de interés o razones utilitaristas, donde se piense que el cumplimiento de la obligación causará la mayor felicidad a los habitantes de determinado Estado.

2.1. La efectividad de la regla, la autoridad práctica y la respuesta colectiva

Un funcionario público no puede solo justificarse en lo que dice una normativa o la sanción que ella impone como único argumento. Al contrario, a partir de una visión sustantiva de actuación, en su razonamiento debe dar una buena razón para la acción, de tal forma que le permita legitimar la aplicación de una norma. Por ejemplo, puede utilizar las obligaciones contenidas en los artículos 1 y 2.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para sustentar su decisión, lo que posibilitaría introducir otros artículos sobre derechos, que, a su vez, funcionarían como guía de conducta. Por ende, se requiere que los funcionarios adhieran a dichos valores, concibiendo distintas posibilidades de actuación o formulación de respuestas institucionales cuando deban hacerlo, así como que reformulen sus medios para construir coherencia con las reglas que están obligados a actuar. Esto permite construir una autoridad práctica que entienda a sus funcionarios como entes pensantes que pueden plantear y llevar a cabo distintas alternativas y formas de ejercitar ciertas obligaciones normativas. Así, puede concebirse una especie de criterio para analizar el contexto donde opera su autoridad con el fin de encontrar las contradicciones y necesidades institucionales en favor de su propia efectividad.

Entonces, si reconocemos a través de las obligaciones internacionales y constitucionales un objetivo común, como la protección de los derechos, y, en este tenor, todas las instituciones de un determinado Estado están obligadas a protegerlos, ¿no cabría repensar la manera en que las instituciones actúan, así como el papel que juegan las personas sujetas a la autoridad de estos funcionarios?

Como lo observó Nino cuando intentó explicar la practicidad de la Constitución, las decisiones jurídicas no son aisladas, sino parte de un proceso colectivo que se extiende en el tiempo.²³ Supongamos que el Estado es una gran orquesta y que las instituciones son músicos. Como en cualquier cuerpo colectivo, habrá excelentes músicos que puedan ejecutar de manera perfecta las partituras a la que ellos se han adherido y practicado (*point of view*); aún más, estos músicos son tan buenos que se salen de los estándares y comienzan a realizar sus propios cambios, porque creen que podrán mejorar la pieza que tocan en conjunto (una buena razón para la acción). Supongamos también que en esta orquesta hay músicos regulares que no se alejan de las partituras, pero que están interesados en aprender de los mejores músicos, para algún día tocar como ellos. Tal es el interés, que comienzan a replicar sus ejecuciones sin que necesariamente estén obligados a ello. Sin embargo, también hay malos músicos, que suelen ser excluidos por la forma en que ejecutan las partituras, que no cumplen ni siquiera con las funciones más básicas para las que fueron contratados y que desentonan toda la orquesta. Un público audaz (sociedad) se dará cuenta, sin

²³ Carlos Santiago Nino, *Derecho moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014), 133-145.

ser necesariamente experto, de que hay grandes problemas tras bambalinas, pues identificará la discrepancia musical y la manera en que los músicos ejecutan la pieza colectiva, así como la forma en que se afectan unos a otros. Si tanto el público, no solo audaz sino atrevido, como los músicos partieran de un fin común, por ejemplo, una buena ejecución de la pieza colectiva, comenzarían a dialogar para identificar el problema de por qué los malos músicos tocan como tocan y, tal vez, no solo den con el problema, sino con la razón de por qué son malos y, a partir de ello, construir propuestas conjuntas para que dejen de tocar tan mal, considerando las situaciones específicas en que se encuentran. En consecuencia, algún día podrán ejecutar de forma colectiva la pieza sin errores.

Este ejemplo es revelador, porque la mayor parte de las problemáticas institucionales son de coordinación y la nula disposición al diálogo, tanto con otras instituciones como con la sociedad en su conjunto. Asimismo, no todas las instituciones se adhieren razonablemente a lo que están obligadas a cumplir, y esto es de gran importancia, pues si no se tiene un criterio común, difícilmente se pondrá en práctica y, todavía peor, si no lo internalizamos, no podremos darnos cuenta de los problemas reales que tiene cada institución en relación con su operatividad, tales como la corrupción en todas sus vertientes, la composición parcial de los miembros de dicha institución, o los relacionados con el presupuesto, que impiden su funcionamiento. Aunado a ello, la adhesión a los velos ideológicos atrincherados en soluciones que no responden a los contextos latinoamericanos contribuye al nulo resultado que reproducen los problemas sistémicos que impiden la operación efectiva de la autoridad.

Entonces, esto se convierte en una problemática de prácticas institucionales en relación con las reglas que los funcionarios públicos están obligados a cumplir, de las cuales se derivan bases críticas que la sociedad suele utilizar para indicar que cierta institución no cumple con su obligación y que en muchos casos es contraria, al punto de que la actuación estatal viola derechos humanos. Producto de ello, hay manifestaciones y malestar social, pues al no encontrar mecanismos para la solución de sus problemas colectivos, ni para participar en la toma de decisiones y denunciar lo que está mal, la sociedad estalla en caos y, en países como los latinoamericanos, dichas protestas son solucionadas con represión, pensando que se resuelve el problema de fondo, lo cual a todas luces es un error.

Conclusiones

La efectividad de las constituciones y el cumplimiento de las obligaciones estatales son cuestiones complejas, que requieren la consideración profunda de diferentes variables para que funcione la obra colectiva. En primer lugar, se debe tener en cuenta la cuestión ideológica con la cual los *practicantes legales* actúan en todos los poderes e instituciones estatales, pues en la interrelación de estas instituciones

podemos identificar dónde se encuentra la falla y no solo situarnos en lo que una institución hace o cómo lo hace.

Esto lleva problemas aun no planteados, pero que, por lo general, la academia anglosajona aborda en sus estudios sobre la recepción de prácticas del *common law* en países de tradición de *civil law*, y se cimenta en este velo ideológico para concebir los actos de autoridad y la reproducción de estructuras jerárquicas de mandato a través de prácticas engendradas en la Europa continental. Volvamos entonces al ejemplo del precedente. Para autores como Duxbury,²⁴ la figura del precedente es mal practicada por países del *civil law*, por el hecho de que entienden la fuerza vinculante a través de normas; sin las normas, los *practicantes* de dichos países no encuentran razones para llevar a la práctica actos institucionales, debido al acoplamiento ideológico de teorías como las de Hans Kelsen, que solo puede ser coherente en un sistema jerárquico de mandatos.

Al contrario, en los sistemas del *common law*, la lógica es distinta, la fuerza y el sentido de los precedentes se lleva a cabo por los propios *practicantes* del sistema, tales como jueces, académicos, estudiantes y litigantes, sin necesidad de que exista una regla que los obligue a ello. Su gestación parte de un primer momento en un esfuerzo académico por publicar los casos judiciales relevantes en libros de texto, que debían ser analizados por los estudiantes del Reino Unido para encontrar las razones del porqué un juez había decidido una u otra forma y entender mejor el derecho, así como su práctica, de tal manera que esto posibilitó el comienzo de la estandarización del uso de estos razonamientos en las cortes y solo se consolidó hasta la introducción de la jerarquía en las cortes inglesas. De tal forma que una práctica institucional fue primero ejecutada por cuestiones de razonabilidad y eficiencia para ser posteriormente reconocida e integrada a un sistema de cortes jerárquicas, gestándose así el *stare decisis*.

La efectividad de esta práctica ocurrió con mucha naturalidad. Todos los *practicantes legales* se integraron, intentando en todo momento mejorar los razonamientos de quienes anteriormente habían decidido, o construyendo argumentos más audaces. Sin embargo, en Latinoamérica se introducen este tipo de prácticas sin antes haber considerado los contextos propios del país en el que se pone en funcionamiento, sin ver siquiera si la práctica será estudiada, replicada, si será dialógica y admitirá un acercamiento de los funcionarios públicos en su conjunto, debido al velo ideológico antes mencionado y a la imposibilidad de concebir puntos de vista internos. En pocas palabras, si queremos hacer efectiva cualquier figura constitucional, tenemos que reformular nuestros conceptos y hacerlos practicables; desde una perspectiva interna, entender los contextos sociales a los que nos confrontamos; y en los principios constitucionales, buscar guías de acción, a través de las cuales construyamos vías efectivas, teniendo en consideración no solo una postura estatal

²⁴ Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2008), 50-57.

sino también la integración de la sociedad civil a la búsqueda de estas, y qué mejor manera de hacerlo que atendiendo las obligaciones internacionales como buenas razones para la acción, en tanto concepto clave para el cambio social en toda América Latina.

Bibliografía

- ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza Editorial, 2016.
- DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2008.
- ESQUIROL, Jorge L. *Ruling the Law. Legitimacy and Failure in Latin American Systems*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- HART, Herbert Leonel Adolphous. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
- KELSEN HANS. *Teoría pura del derecho*. México, D. C.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- MENDOZA BAUTISTA, Katherin. *Aspectos básicos para comprender la reforma constitucional en materia de justicia penal*. México: CNDH, 2011.
- NINO, Carlos Santiago. *Derecho moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 2003.
- PELAYO MÖLLER, Carlos M. *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*. México: CNDH, 2011.
- PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. “Reforma Judicial con y para el Poder Judicial”. Ciudad de México, 12 de febrero de 2020. Acceso el 20 de febrero de 2020. <https://www.reformajudicial.gob.mx/secciones/reforma/>.
- POSTEMA, Gerald. “Law as Command: The Model of Command in Modern Jurisprudence”. *Philosophical Issues, Social, Political, and Legal Philosophy*, n.º 11 (2001): 470-501.
- RAZ, Joseph. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. New York: Oxford University Press, 1971.
- RAZ, Joseph. “Promises and obligations”. En *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. A. Hart*, coordinado por P. M. S. HACKER y Joseph RAZ, 218-219. Oxford: Clarendon Press, 1977.
- WALUCHOW, Wilfried. *Positivismo jurídico incluyente*. Madrid: Marcial Pons, 2007.