

Universidad de Guanajuato
División de Derecho, Política y Gobierno
Licenciatura en Derecho

¿Deben de ser determinables los derechos humanos?

Trabajo de tesis para obtener el grado de licenciado en
derecho.

Presenta: José Manuel Quintana Delgado

Director: Lic. Ubaldo Orozco Espinosa.

Sinodales: Lic. Elisa Jaime Rangel y Mtro. Jesús Soriano
Flores.

Guanajuato, Gto. Abril de 2013.

A la memoria de Juan Manuel de Jesús Quintana
Velázquez;

Fue tu vida sueño y esfuerzo,
Arquitecto, bohemio y cantor,
quisiera tenerte a mi lado en estos momentos,
pero sé que me dirías como dice aquel autor,

“Y a mí enterradme sin duelo
entre la playa y el cielo...

En la ladera de un monte,
más alto que el horizonte.

quiero tener buena vista.

mi cuerpo será camino,

le daré verde a los pinos

y amarillo a la genista.

Cerca del mar, porque yo

nací en el mediterráneo.”.

En el corazón, en mis letras, y en la sangre,
te llevo siempre Papá.

Agradecimientos:

A mi mamá, por su infinita paciencia.

A mis hermanos, sus esfuerzos y su constancia me inspiran.

A mi director, por su confianza y apoyo constante en este proyecto.

A mis sinodales, por sus atinadas observaciones y consejos, que sirven no solo para este trabajo, también para la vida misma.

A mis familiares, por siempre estar ahí, por la constante seguridad que nos brindan a mis hermanos y a mí.

A mis amigos, por su constante motivación a seguir con mis sueños.

A mis profesores, por todas las enseñanzas.

Agradecimientos especiales:

A César Nahúm Álvarez Manríquez y José Orlando Hernández Bran por ser los mejores amigos, asesores y editores que uno pudiera tener.

A la familia Cabello Serrano, por estar siempre al pendiente de mí, gracias Cinthia, gracias David.

A Abril Guerrero, por ser mi diabla guardián.

A Gerardo Alfredo Enríquez Nieto, reitero, eres el hermano mayor que no tuve.

A Genaro Gutiérrez Arellano, Misael Bárcenas Jilote, Gustavo Adolfo Puga Muñíz, José Paul Guevara, Eduardo Rodríguez Montes, Rafael Mares Sánchez, Ignacio García León, Juan Pablo Cortés Villalobos, y Juan Ernesto Hernández, por los ánimos, por las observaciones, por las consultas, por su amistad y por tanto más.

A Josué Hernández Gaona, Juan Pablo Quiróz Muñóz, Juan Pablo Arce Velasco, Emma Christina Vargas, Katia Exiga, y Diego Ramírez, por hacerme recordar que hay vida después de la escuela, por las risas, por las lágrimas, por la comprensión, por todo.

A la Familia Kala García, por su amistad, apoyo y confianza constante.

A la Consultoría Jurídica Quijote, en especial a Gustavo Castro Ortiz y a Óscar Fuentes Olmos, por la oportunidad y la confianza en mi persona.

“Brindemos por los locos, los inadaptados, por los rebeldes, por los alborotadores, por los que no encajan, por los que ven las cosas de una manera diferente. No les gustan las reglas y no respetan el *statu quo*. Los puedes citar, no estar de acuerdo con ellos, glorificarlos o vilipendiarlos. Pero lo que no puedes hacer es ignorarlos. Porque cambian las cosas. Empujan adelante a la raza humana. Mientras algunos los ven como locos, nosotros los vemos como genios. Porque las personas que se creen tan locas como para pensar que pueden cambiar el mundo, son las que lo hacen...”

-Jack Kerouac, *On the Road*-

“Sword of Omens, let me see beyond the evident?”

-L.O.-

Prefacio.

El objetivo de este trabajo de investigación es uno muy claro: responder a la pregunta ¿son determinables los derechos humanos?, no obstante, hay que aclarar que lo que aquí se esgrime, no es producto del reciente interés en el tema de derechos humanos, en realidad, el trabajo inició antes de las reformas de junio de 2011 a la Constitución Federal, y se desarrolló al marco de una constante incertidumbre respecto de ellas (puesto que aún no se contaba con la “nueva” Ley de Amparo, y mucho menos se contemplaba siquiera el proyecto de Ley Federal de Víctimas); nos dimos cuenta que al tomar la pregunta de ¿cuál es el problema con la efectividad del amparo? como punto toral del trabajo, nos encontrábamos que el problema no era la ley de amparo, tampoco el problema estaba en los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal. Estábamos en esto cuando y para cuando se aprobó la mencionada reforma al artículo 1º de la Constitución Federal, estábamos apenas llegando a la cuestión de derechos humanos y derechos fundamentales por la vía de la jurisprudencia mexicana, cambiamos entonces el enfoque, y nos dimos cuenta que la pregunta correcta era ¿qué son los derechos humanos?

Al comenzar el trabajo con este nuevo enfoque, rápidamente caímos en cuenta que para poder llegar al tema de derechos humanos, habría que desistirnos de los

clásicos enfoques de “caso práctico” y que usualmente versan sobre un problema de interpretación normativa o de falta de fundamentación legal, (y que normalmente concluyen con una propuesta para la modificación del texto como solución a dicho problema), y habría que entrar en los dominios de la filosofía jurídica, la filosofía política, y de la teoría del derecho; cuando pudimos discutir y analizábamos lo investigado al respecto, y elaboramos el protocolo inicial, nos percatamos de que para responder a la pregunta de “¿qué son los derechos humanos?” primero deberíamos de pensar en si acaso los derechos humanos eran susceptibles de ser definidos o determinados, así que después de una serie de consideraciones, decidimos que responder la pregunta ¿son determinables los derechos humanos? fuera el hilo conductor de este trabajo, aceptando así, el desafío de construir una tesis teórica.

La peculiar metodología empleada sale a relucir desde el título mismo del trabajo, y tratamos de buscar un retorno a las bases de las ciencias sociales (de las cuales el derecho forma parte), y al contenido humano del derecho empleando el método ensayístico para desarrollar las ideas y los conceptos investigados. Esto entrañó una especial dificultad, ya que no esperábamos la tremenda densidad filosófica del tema de los derechos humanos, sin embargo, nos dimos cuenta que al juntar las “recientes” teorías constitucionales con las inquietudes de la reforma, encontramos terreno fértil para la reflexión jurídica.

En el primer capítulo abordamos el tema de la historia de los derechos humanos de una manera breve y concisa, con el objetivo de dar un marco de referencia que nos permitiera ubicarnos con facilidad tanto en un tiempo como en una corriente de pensamiento determinada y que al avanzar en el desarrollo del trabajo, pudiéramos referirnos a ellas sin provocar dudas en el lector.

En el segundo capítulo detallamos la estructura de los sistemas de protección de derechos humanos en México, haciendo un especial énfasis en los sistemas internacionales; esto, con miras a proveer de claridad en cuanto a la parte orgánica y al funcionamiento de las autoridades internacionales en materia de derechos humanos.

En el tercer capítulo analizamos la situación del sistema jurídico mexicano en relación con las reformas y desde el punto de vista de las corrientes de pensamiento iuspositivista, iusnaturalista, garantista, y neoconstitucionalista, asimismo, hacemos una toma de postura respecto del principio de interpretación conforme, el principio pro persona; explicamos la relación entre seguridad jurídica y el bloque de constitucionalidad, y explicamos el control de convencionalidad (remitiéndonos a las decisiones del caso Radilla Pacheco).

Respecto a las conclusiones, lo aportado por este trabajo es breve, pero esto se compensa con la precisión y solidez a la que llegamos; quedan cabos sueltos y preguntas al aire,

pero esto no es por descuido o falta de atención: son indicadores de las múltiples direcciones que toman los diversos temas que orbitan alrededor del núcleo de los derechos humanos en México, esta tesis solamente pretende ser un punto de partida firme para todo aquel que decida emprender una investigación afín a estos temas. Aún queda mucho por hacer.

La labor de investigación nunca termina, es inherente a la naturaleza humana tener una mente curiosa e inquisitiva, y este afán por el conocimiento es lo que cambia tanto la manera de concebir el universo, como el universo mismo.

Manolo Quintana, abril de 2013.

Índice.

Prefacio.	6
Capítulo I. Contexto histórico y filosófico de los derechos humanos.	12
1. Introducción y aclaraciones terminológicas.	12
2. Marco histórico de los Derechos Humanos.	21
3. Marco filosófico de los derechos humanos.	38
Capítulo II. Sistemas de Protección de los Derechos Humanos en México.	51
1. Antecedentes del Sistema Interamericano.	53
2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.	55
3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.	60
4. Antecedentes del Sistema Universal.	68
5. La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.	69
6. El Consejo de Derechos Humanos.	73
Capítulo III. El sistema jurídico mexicano y el impacto de la reforma al artículo 1º constitucional en materia de Derechos Humanos.	78
1. Iuspositivismo e iusnaturalismo, garantismo y neoconstitucionalismo.	86

2. La relación entre el artículo 1° y el 133° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	95
3. Principio de interpretación conforme y principio pro persona.	97
4. Seguridad jurídica y bloque de constitucionalidad.	102
5. El caso Radilla Pacheco y el control de convencionalidad.	104
Conclusiones.	111
Bibliografía.	117

Capítulo I. Contexto histórico y filosófico de los derechos humanos.

1. Introducción y aclaraciones terminológicas.

Cabe hacer primero una aclaración, tal y como lo refieren Jesús Soriano Flores y Manuel Vidaurri Aréchiga: *El concepto de derechos humanos que puede elaborarse, si de algo carece es de univocidad, debido, precisamente a la variedad de fundamentaciones que forman parte del pensamiento que se ha edificado sobre el tema.*¹.

El criterio clásico utilizado para denominar (y distinguir) derechos humanos y derechos fundamentales, era el que proponía Gregorio Robles²:

Consideramos los derechos fundamentales como derechos humanos positivizados, es decir, concretados y protegidos con normas de mayor rango; puesto que la positivización tiene una especial trascendencia, ya que modifica el carácter de los derechos humanos prepositivos.

¹ SORIANO Flores, Jesús, y VIDAURRI Aréchiga, Manuel,

² ROBLES, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, Civitas, 1992, p.20.

Es decir, se diferenciaban los derechos humanos de los derechos fundamentales, distinguiendo a los primeros como un concepto más filosófico y abstracto, y a los segundos como una concretización de los primeros en el orden jurídico estatal e internacional.

Consideramos necesario mencionar la especial referencia terminológica que hacen Jesús Soriano y Manuel Vidaurri³:

Los Derechos Naturales, se dice que son aquellos que tienen su fundamento en la Naturaleza Humana. Los poseen todas las personas sin discriminación de ninguna clase.

Por su parte, los Derechos Innatos u Originales, reciben este nombre porque nacen con el hombre, sin que sea necesaria ninguna otra condición. Frente a estos podemos mencionar los llamados derechos adquiridos o derivados (económicos, sociales, culturales) que para ser reconocidos o existir concretamente necesitan de un hecho positivo.

Cuando se habla de Derechos Fundamentales, se caracteriza, bien a aquellos derechos humanos reconocidos en algún ordenamiento

³ SORIANO Flores, Jesús, y VIDAURRI Aréchiga, Manuel, *op. cit.*, pp. 122-123.

jurídico positivo; o bien, solamente a aquellos derechos humanos civiles y políticos. Se dice asimismo que son derechos esenciales en tanto que son permanentes o invariables, además de estar íntimamente relacionados con la idea de dignidad humana.

Bajo la denominación de Derechos Individuales, se pretendió poner a salvo derechos y libertades del individuo frente a la injerencia del Estado en su ámbito privado. Como bien sabemos, las necesidades de la vida en común, de la vida en sociedad, han dado lugar al surgimiento de otros derechos igualmente importantes, denominados derechos sociales, igualmente considerados derechos humanos. El hombre, es un ser social por naturaleza, por ende todos los derechos son, realmente sociales e individuales.

Con la denominación Derechos del Hombre y el Ciudadano, se alude a los derechos del ser humano desde una doble perspectiva, por un lado, la del individuo, y por otra, la del ciudadano frente al poder del Estado. Se trata de una conceptualización de fuerte contenido histórico, más que nada referido a la instauración del Estado Liberal de Derecho.

Los Derechos de la Personalidad son aquellos que se ejercitan sobre la propia persona en sus atributos físicos y morales. Se trata de una teorización muy moderna perteneciente al derecho privado.

Actualmente sin dejar de reconocer que tienen puntos de unión con los derechos humanos, son considerados simplemente como una parcela de los mismos.

La aparición de conceptos tales como “derechos humanos”, coincide con la aparición del Estado absolutista, que es donde se gestan tres reflexiones que constituyen el germen de la filosofía de los derechos humanos: los límites al poder, la tolerancia y la humanización de los derechos penal y procesal.

Es particularmente en el pensamiento de John Locke⁴, donde encontramos la expresión de la primera reflexión, ya que él plantea (desde la perspectiva del gobierno), la prohibición de la arbitrariedad sobre la vida y los bienes del ciudadano, reconociendo el derecho a resistir y el carácter ilegítimo de los gobiernos que no respetan los derechos de los individuos.

⁴Cfr. LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, leído en <http://www.politicas.unam.mx/sae/portalestudiantil/politica-administracion/teoria-filosofia/pdf/EnsayoLocke.pdf> enlace consultado el 12 de abril de 2013.

De acuerdo a Gregorio Peces-Barba⁵, en la situación económica y social de la Edad Media, aparece un sistema económico que evolucionará en el sistema capitalista y que impulsó la iniciativa individual y el protagonismo de la persona; a partir de ese momento, el hombre se relaciona como individuo libre frente a otros hombres libres, teniendo como consecuencia la aparición de los derechos del individuo.

De esta forma, los derechos humanos surgen como un límite al poder del Estado, a efecto de garantizar un ámbito de autonomía y de libertad del individuo burgués.

Los tratadistas, por lo general, coinciden en identificar a los derechos humanos, por ser derechos inherentes al ser humano, con independencia de que el Estado y la sociedad los consagren a través de sus normas. Al respecto, señala Jorge Adame Goddard:

"Del hecho que el hombre tenga una naturaleza racional deriva el que tenga libertad para cumplir sus fines y que su conducta se

⁵ Cfr. PECES-BARBA, Gregorio, *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 326-328.

balle regida por una ley (ley natural) que debe cumplir libremente y no por una 'ley' que se cumple necesariamente".⁶

En la doctrina sobre derechos humanos, encontramos una gran diversidad de clasificaciones de los mismos, autores como Norberto Bobbio⁷ se refieren a generaciones de derechos:

Derechos humanos de primer grado o generación: son todos aquellos derivados de las relaciones jurídicas en general, o sea, los derechos subjetivos tradicionales como pueden imaginarse los de crédito o personales, y los derechos reales también tradicionales.

Derechos humanos de segundo grado o generación: son los que están dados en un sentido más político e ideológico, con

⁶ ADAME Goddard, Jorge, *Naturaleza, persona y derechos humanos*, México, UNAM, 1996, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 21, p. 165.

⁷ *Apud*, BOBBIO, Norberto, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 1, enero de 1981, p. 16. Leído en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/art/art7.htm>, consultado el 12 de abril de 2013.

un profundo contenido de respeto a la integridad física y sociológica del hombre entendido como individuo digno de respeto y consideración en una esfera mínima de bienestar social. Aquí están los tradicionales derechos del individuo y del gobernado.

Derechos humanos de tercer grado o generación: son los derechos sociales que se manifiestan en el contexto de la colectividad o de la propia humanidad en su conjunto, en cuanto a su supervivencia, sanidad y disfrute de la vida y la educación.

La clasificación de los derechos humanos en tres generaciones es la más importante, pero sólo es una clasificación para efectos analíticos, ya que en la práctica dichos derechos no deben desvincularse⁸.

⁸ “Desde el punto de vista del objeto y contenido de los derechos humanos, éstos comprenden tres grandes tipos o grupos de derechos... Tales grupos son: los derechos civiles, los derechos políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales”. *Apud*, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, editorial Porrúa, UNAM, Tomo III D-E, México, 2002, p. 422.

Según Pedro de Vega García⁹:

“Esta concepción surgida en el seno de la sociedad liberal y del Estado liberal de derecho clásico, obedece a que se pretendía organizar los medios a través de los cuales en la tensión sociedad-Estado, la sociedad pudiera configurarse efectivamente como el reino de la libertad, de la igualdad y de la independencia. Los derechos y libertades del individuo fueron concebidos como derechos absolutos que sin limitación alguna, el hombre podía ejercitar siempre frente al poder político”.

Esto, obedece también a la tajante división que se hizo entre el derecho público y el derecho privado, como afirma Norberto Bobbio¹⁰:

“La pareja público-privado ingresó en la idea del pensamiento político y social de occidente, y terminó por volverse una de las

⁹ DE VEGA García, Pedro, *La eficacia horizontal del juicio de amparo: el problema de la Drittwirkung der Grundrechte*, en *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los Derechos Humanos en Iberoamérica*, México, UNAM, 1992, p. 411.

¹⁰ BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 11.

grandes dicotomías de la que una o más disciplinas —en este caso no solo las disciplinas jurídicas, sino también las sociales, y en general, las históricas— se sirven tanto para delimitar, representar y ordenar su campo de investigación”.

Para Gustav Radbruch¹¹, por ejemplo, esta distinción tiene un carácter *a priori*, en virtud de que una norma jurídica lógicamente debe ser situada en alguno de los dos campos. Este autor afirma que la recepción del derecho romano trajo consigo esta separación y que el liberalismo es la lucha de la supremacía del Derecho Privado sobre el Derecho Público, lo cual encuentra su expresión en la teoría del contrato social, que no significa otra cosa que el intento de fundamentar en el Derecho Privado todas las relaciones de Derecho Público.

¹¹Cfr. RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción de Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 91-92.

2. Marco histórico de los Derechos Humanos.

Cuando hablamos del origen de los derechos humanos, encontramos el antecedente más remoto en la Grecia antigua, donde a pesar de existir un extenso desarrollo en la ciencia, el arte y la filosofía, se desconocía la dignidad de la persona humana e incluso se justificaba la esclavitud, a decir de Héctor González Uribe:

*La comunidad tenía la primacía absoluta sobre los hombres y éstos debían obedecer las leyes de la misma aún cuando fueran injustas. Se vivía en un transpersonalismo absoluto en el que no se concebían derechos humanos frente y contra las autoridades públicas*¹².

El mismo autor, junto con otros como Eugenio Trueba Olivares, menciona el ejemplo de la tragedia griega de “Antígona” (de la autoría de Sófocles):

Ya la Antigüedad griega nos ofreció el ejemplo de Antígona, proclamando ante el tirano Creón el respeto a las leyes

¹² GONZÁLEZ Uribe, Héctor, “Fundamentación filosófica de los derechos humanos. ¿Personalismo o transpersonalismo?”, *Revista de Filosofía ULA*, México, Universidad Iberoamericana, nums. 47-48, mayo-diciembre 1983, p. 326 y 327.

*inquebrantables de los dioses por arriba de los decretos injustos*¹³.

En Roma fue cultivada la idea del ser humano como miembro de una comunidad universal *al tiempo que los pretores se desentendían del ius civile y creaban normas más humanas*¹⁴.

Pero es hasta el arribo del cristianismo que se cultiva la semilla de la dignidad humana como base de los derechos humanos¹⁵. No obstante la defensa que hizo de los derechos humanos la escuela escolástica barroca y la del siglo de oro español (entre cuyos principales exponentes

¹³ TRUEBA Olivares, Eugenio, *Guía Temática de Filosofía del Derecho*, México, Universidad de Guanajuato, 3ra edición, 2009, p. 67

¹⁴*Idem*.

¹⁵ Al respecto del cristianismo, dice Héctor González Uribe: [El Hombre] *Dejó de ser ya parte del todo político y de participar necesaria e indisolublemente en su destino, para gozar de independencia incluso frente a la comunidad misma. Siendo ciudadano de dos reinos, el espiritual y el temporal, el hombre era, sin embargo, autónomo y libre en lo más íntimo de su ser, y responsable sólo ante Dios. De aquí su fragilidad y su grandeza. Vid GONZÁLEZ URIBE, Héctor, op. cit., pp. 328.*

encontramos a Francisco de Vitoria¹⁶), es hasta los siglos XVII y XVIII en que las ideas de la escuela racionalista del derecho natural¹⁷ influyen directamente en los primeros documentos que reconocen los derechos naturales del ser humano, como la *Petition of Rights*¹⁸ de 1628, y la *Bill of rights*¹⁹ de 1689; ambas en Inglaterra, y de la manera en que como asienta González Uribe:

¹⁶ Quien, junto a Hugo Grocio, es considerado el padre del derecho internacional moderno.

¹⁷ Entre sus miembros más destacados encontramos a Hugo Grocio, Juan Althusio, John Locke, y Samuel Pufendorf; es particularmente John Locke quien en su *Segundo ensayo sobre el gobierno civil* (*vid supra* nota 4) plantea desde la perspectiva del gobierno, la prohibición de la arbitrariedad sobre la vida y los bienes del ciudadano, reconociendo el derecho a resistir y el carácter ilegítimo de los gobiernos que no respetan los derechos de los individuos.

¹⁸ El maestro Gregorio Peces-Barba incluye en un apéndice de su obra *Derecho positivo de los derechos humanos* una traducción de este documento, mismo que puede consultarse aquí: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/18.pdf> , enlace consultado el 12 de abril de 2013.

¹⁹ El ilustre jurista chileno Máximo Pacheco Gómez en su obra *Los Derechos Humanos, documentos básicos* incluye una versión al español de este documento, mismo que puede consultarse aquí:

Se manifestó en la edad moderna, en la doble dirección, escolástica y racionalista, una filosofía inspirada en el humanismo y en la defensa de los individuos contra los excesos del poder público. Con ello se contrastó la tendencia absolutista y secularista que (basada en una concepción pesimista del hombre y de la política) habían expuesto Maquiavelo y Hobbes y que conducía a una sumisión total del hombre al Estado para buscar en él protección y paz²⁰.

Tenemos entonces que en este momento histórico, comienza el desarrollo de las teorías de los derechos humanos, desde el enfoque escolástico-religioso y desde el enfoque racional-científico. Sin embargo, aún falta un elemento esencial para asentar y reforzar la base de las teorías de los derechos humanos: la dignidad humana.

Respecto a ello nos dice Héctor González Uribe:

Kant tomó de nuevo los principios del humanismo racionalista e inspirándose también en las ideas de Rousseau y de los enciclopedistas franceses, defendió la libertad y dignidad del ser humano como base del orden jurídico y político. El derecho debe ser sólo salvaguarda para que coexistan en la sociedad, pacíficamente, las libertades de todos los hombres. Y esto porque la persona humana —como lo expresó en su crítica de la razón

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/20.pdf> , enlace consultado el 12 de abril.

²⁰ GONZÁLEZ Uribe, Héctor, *op. cit.* pp. 330.

práctica— posee una dignidad tan alta y característica que nunca debe ser utilizada como un medio, sino como un fin.

...

Insistió el filósofo de Königsberg en que esta dignidad humana era la verdadera base de los derechos individuales reconocidos por la sociedad, y que el orden jurídico positivo no podía ser sino la expresión de este principio básico.²¹

Con base en estas ideas, es que los derechos humanos pasaron a formar parte de las declaraciones de derechos (en particular la *United States Declaration of Independence*²² y la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*²³) y fueron concebidos como límites al poder público al mismo tiempo que el movimiento enciclopedista francés y la naciente doctrina positiva²⁴ veían la dignidad humana²⁵ como la base

²¹*Ibidem.*

²²En la misma obra de Máximo Pacheco Gómez: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/20.pdf> , enlace consultado el 12 de abril de 2013.

²³Georg Jellinek en su obra *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, incluye en un apéndice una copia de dicho documento histórico, traducido por Adolfo Posada, mismo que puede consultarse aquí: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/976/10.pdf> , enlace consultado el 12 de abril de 2013.

²⁴ Con Augusto Comte como principal exponente, al lado de Spencer y Stuart Mill.

de todas las instituciones sociales, económicas y políticas, con lo que las aspiraciones de libertad de la clase burguesa dominante encontraron un amplio respaldo jurídico, filosófico y político.

Sin embargo, y en opinión de Héctor González Uribe:

*Pero es indudable, también, que más allá de la mera estructuración y funcionamiento de un Estado de Derecho liberal-burgués, se procuró defender la dignidad del ser humano en cuanto tal, sin determinación de clase o estado social. Y esto es lo que ha quedado como una constante en el proceso histórico-sociológico: el anhelo de justicia, igualdad y libertad, independientemente de las estructuras sociales y jurídicas y de los modos de producción. Es un patrimonio común de la humanidad civilizada*²⁶.

Apoyando estas ideas, el maestro Gregorio Peces-Barba dice:

²⁵ Aunque, hay que decir que por un lado, los Estados Unidos (al igual que los antiguos griegos) aún toleraban la esclavitud, y por el otro, el movimiento revolucionario francés era dirigido por una mayoría burguesa inconforme con la administración monárquica, por lo que el pueblo francés (pobre e ignorante en su mayoría) en realidad no manifestaba su “ansia de libertad” tomando las calles, simplemente descargaba su odio y resentimiento tras siglos de opresión y exceso por parte de la clase privilegiada.

²⁶ *Apud*, GONZÁLEZ Uribe, Héctor, *op. cit.* pp. 332.

En la situación política, económica y social de la Edad Media, aparece un sistema económico que evolucionará en el sistema capitalista y que impulsó la iniciativa individual y el protagonismo de la persona; a partir de ese momento, el hombre se relaciona como individuo libre frente a otros hombres libres, teniendo como consecuencia la aparición de los derechos del individuo²⁷.

De esta forma, los derechos fundamentales surgen como un límite al poder del Estado a efecto de garantizar un ámbito de autonomía y de libertad del individuo burgués. No obstante, los primeros instrumentos jurídicos²⁸ de protección a estos derechos quedaron en buena medida subordinados (funcional e instrumentalmente) a las exigencias de garantía y tutela de los derechos e intereses privados, particularmente el de propiedad privada y sus atributos; sólo con la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales, es que se plantea una situación distinta. Dicha consagración comienza en la Constitución federal mexicana el 5 de febrero de 1917, con

²⁷ PECES-BARBA, Gregorio, *op. cit.*, pp. 326-328.

²⁸ En concreto la revisión judicial (*judicial review*) de la constitucionalidad de leyes (de creación estadounidense) y el *habeas corpus* (de creación inglesa).

lo que se inició el llamado “constitucionalismo social”, que se desarrolló al concluir la Primera Guerra Mundial por la Constitución alemana de Weimar y otras cartas magnas de Europa occidental. Las leyes fundamentales de los países americanos siguieron el ejemplo de México en los años anteriores a la Segunda Guerra Mundial, especialmente en lo que respecta a los trabajadores y los campesinos.

Son Karl Marx y Friedrich Engels quienes se encargan de darle sustento filosófico (basados en Hegel y Feuerbach) a lo que posteriormente se llamaría “socialismo científico”, y que puede resumirse como un movimiento político, económico y social de reacción frente a la miseria y condiciones infrahumanas en que habían caído los grandes grupos de trabajadores como consecuencia del incipiente desarrollo del maquinismo industrial y del liberalismo económico, el objetivo de este movimiento era el de sustituir la sociedad capitalista por la sociedad comunista, esto es, un modelo político-económico donde no existiera la propiedad privada, y por ende, desaparecería la explotación del hombre por el hombre.

El asesinato del archiduque Francisco Fernando²⁹ el 28 de junio de 1914 fue la chispa que detonó el conflicto armado que a la postre se conocería como “La Gran Guerra” (hasta algunas décadas después se le llamaría “Primera Guerra Mundial”), mismo que fue alimentado por las ambiciones expansionistas de las principales potencias europeas.

En el desarrollo de este evento, fueron aplicadas innovaciones tecnológicas al ámbito militar: gases venenosos, máquinas de guerra, artillería de largo alcance y amplio margen de destrucción, etc., las consecuencias de este conflicto bélico de escala mundial fueron desastrosas para la humanidad: Murieron más de 9 millones de combatientes y un número similar de víctimas civiles; además de causar imborrables cicatrices en la geografía y la población de Europa en la época, por lo que fue inevitable un cambio en la configuración política y social del viejo continente, antiguos imperios cayeron (en concreto: el austrohúngaro, el otomano, el ruso y el alemán), las

²⁹ Francisco Fernando de Austria (1863- 1914), era el heredero al trono austrohúngaro.

democracias liberales entraron en crisis y esto propició el ascenso del fascismo y los regímenes autoritarios, los movimientos obreros de corte socialista o comunista proliferaron (inspirados por la revolución bolchevique en Rusia), al respecto, nos cuenta el profesor René Cassin³⁰:

La Primera Guerra Mundial tuvo como origen ambiciones imperialistas y, además, terminó tristemente para los imperios que las habían probijado; pero determinó una cierta restauración de las libertades de las nacionalidades oprimidas, especialmente en Europa. Otro gran acontecimiento que se produjo en ese momento fue la Revolución Rusa. Quiero hacer observar que la Revolución Rusa se llevó a cabo en uno de los muy raros países del mundo donde la Declaración de los Derechos del Hombre no había tenido efectos, a causa del rigor del régimen político que puso a Rusia al margen del resto del mundo. Y el movimiento que operó se operó en 1917 en ese

³⁰CASSIN, René, “El problema de la realización efectiva de los Derechos Humanos en la sociedad universal”, Traducción del licenciado Héctor Cuadra, en *Veinte años de evolución de los Derechos Humanos* Seminario Internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1a edición, 1974, p.388.

país fue mucho más allá de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789.

El Pacto de la Sociedad de Naciones que poco después, en el año de 1919, fue firmado a petición del presidente Wilson, no contiene ninguna declaración de principios sobre los Derechos del Hombre. Tal pacto se celebró con la esperanza de detener los conflictos políticos al borde de la ruptura que generan la guerra, pero no tiene un carácter general propio para prevenir los conflictos en general...

... Por otra parte, en el Pacto mismo existían disposiciones que, al confiar un mandato a ciertas potencias sobre las antiguas colonias alemanas, se preocupaban de garantizar una cierta condición jurídica, intelectual y de trato a las poblaciones, y finalmente existían en él disposiciones sobre las minorías nacionales inevitablemente creadas por las nuevas fronteras de Europa en provecho de Estados resucitados, tales como Polonia, Checoslovaquia o Rumanía.

Así pues, al tiempo en que el comunismo tomaba forma en los antiguos dominios del Zar, y en la República de Weimar el nacionalsocialismo comenzaba su camino hacia el control absoluto del Estado, la Sociedad de Naciones³¹ fue la encargada de lidiar con el precario equilibrio político

³¹Creada el 28 de junio de 1919 por el Tratado de Versalles.

y social de la posguerra a través de políticas de desarme, y seguridad colectiva³². No obstante, la falta de mecanismos eficaces para imponer sus resoluciones, y el desconocimiento de la autoridad (y de la competencia) de la Sociedad de Naciones por parte de algunos Estados (aunado al “ánimo revanchista” de otros) fueron algunas causas de que esta organización no tuviese el impacto y el alcance (*de iure* y *de facto*) con el que fue creado y finalmente, fue superada por la tensa situación política y fue marginada de la serie de conflictos que dieron pie a la Segunda Guerra Mundial.

El maestro René Cassin³³ da cuenta de ello:

³²Un ejemplo de ello, es la política del arbitraje internacional obligatorio en los conflictos, detallado en el protocolo de Ginebra de 1925, con el objetivo de prohibir el uso de armas químicas y biológicas (el nombre correcto del protocolo es: Protocolo sobre la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos, o similares y de medios bacteriológicos). Información tomada de: http://www.un.org/disarmament/WMD/Bio/pdf/Status_Protocol.pdf, enlace consultado el 12 de abril de 2013.

³³ CASSIN, René, *op. cit.* pp. 390. René Samuel Cassin fue un célebre jurista francés, y un vivaz defensor de los derechos humanos, le fue

Este periodo de los diez años que siguieron a la Primera Guerra Mundial, especialmente entre 1925 (fecha de los Acuerdos de Locarno) y 1930, fue utilizado por nosotros, y hubiésemos querido que fuese mejor aprovechado por los gobiernos para proceder, por ejemplo, a la Conferencia sobre Reducción de Armamentos. En todo caso, cumplimos con nuestro deber en lo que respecta a la paz y dimos un fuerte apoyo a hombres como Arístides Briand, como Paul Boncour o como Stressemann, quien del lado alemán había emprendido esfuerzos leales para tratar de hacer ingresar a Alemania dentro de la comunidad de naciones.

Esos esfuerzos tuvieron, además, su correspondencia en la atmósfera constructiva del mundo entero, porque la situación económica era buena. Podemos decir que en este periodo, los principios de los derechos del hombre, especialmente la libertad, la distensión de los controles, la devoción a la causa de la paz se desarrollaron grandemente. Fue entonces cuando comenzó una lucha gigantesca contra los principios de la Revolución Francesa y los demás progresos del hombre: la empresa de Hitler y de Mussolini. En la medida en que esos hombres pretendían levantar la moral de sus naciones, alentar, dar esperanza a la juventud, no teníamos nada

entregado el premio Nobel de la paz en 1968 por su labor en la redacción de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

absolutamente que objetar; pero tan pronto como pretendieron levantar la moral por medio del odio hacia los demás pueblos y alimentar una ambición desenfrenada de orden territorial o militar, se constituyeron en un peligro mundial.

A pesar de los esfuerzos internacionales, el conflicto fue inevitable, y alcanzó dimensiones globales en muy poco tiempo, la débil República de Weimar poco pudo hacer para conservar la democracia en Alemania, y cuando Hitler fue nombrado canciller, fue solo cuestión de tiempo para que se abriera paso hasta el poder absoluto e iniciara sus planes de conquista militar con la invasión de Polonia³⁴, lo

³⁴ Al respecto, René Cassin relata: *Fue en 1933 cuando en la Sociedad de Naciones vimos nacer el germen de la guerra. Hitler había violado un tratado de minorías en Alta Silesia —tratado de Alemania con su país vecino Polonia—. Un miembro de dicha minoría en tal región formuló queja ante el Consejo de la Sociedad de Naciones, porque la Alemania hitleriana violaba las convenciones sobre minorías. Hitler envió a Goebbels, su gran ministro de información, para representarle, y aquél se presentó ante la asamblea rodeado de un cierto número de consejeros diplomáticos cuyo revólver asomaba por el bolsillo. En el curso de la discusión, expresó las siguientes opiniones: “Ustedes, Sociedad de Naciones, no tienen por qué saber lo que nosotros hacemos con nuestros socialistas, con nuestros pacifistas, con nuestros judíos. Nosotros somos libres de tratarlos como queramos.*

que detonó el conflicto bélico más destructivo en la historia de la humanidad.

Tras 6 años de guerra, los resultados fueron desastrosos: se estiman más de 60 millones de víctimas mortales, un

Todo eso no debe de importarles.” Como los Estados miembros de la Sociedad de Naciones trataran, con moderación y corrección, de recordar que aun los Estados no sometidos a tratados de minorías, estaban obligados a tratar a sus propios ciudadanos con humanidad, Hitler golpeó la puerta abandonando la Sociedad de Naciones. Era una “guarida” de gentes [sic] civilizadas, de las que él no podía admitir razonamientos. Además, tenía necesidad de salir de la Sociedad de Naciones para no someterse al control de sus armamentos.

De tal manera, fue un problema de violación de los derechos del hombre lo que provocó la ruptura entre Hitler y la Sociedad de Naciones y, es menester decirlo, lo que dio pie a la Segunda Guerra Mundial. Todo lo demás derivó de ese hecho. Después de haber salido Hitler, vino la partida de Mussolini...

*... Se puede decir que desde el año de 1933 hasta 1940 se desarrolló el proceso de preparación para la nueva guerra. Primero, los atentados por un gobierno totalitario contra sus ciudadanos. En segundo lugar, la reclamación del derecho de proteger a los individuos de la raza llamada germánica en los territorios de los países vecinos, es decir, intervenciones brutales en la vida de los demás pueblos. La tercera etapa: la invasión. No tengo necesidad de narrar aquí los acontecimientos de Austria, la invasión de Checoslovaquia, la guerra civil de España. Todo eso fue la consecuencia lógica del desprecio del hombre, de la tesis de la superioridad de ciertas razas sobre las otras y de la impunidad que se tiene cuando se usa la violencia en tiempos de paz. CASSIN, René, *op. cit.*, pp.391.*

número indeterminado de heridos, una lista de horrendas violaciones a derechos humanos³⁵, la revelación del poder destructivo de las bombas atómicas, los movimientos migratorios de refugiados, y una nueva configuración del política con los Estados Unidos y la URSS al frente del nuevo orden mundial.

Como parte de los acuerdos tomados en la Conferencia de Yalta³⁶, se estipuló una reunión en San Francisco, EEUU, para estructurar y darle forma a la Organización de las Naciones Unidas³⁷, que fueron fundadas con el objetivo de resolver los conflictos (en general y bélicos) que se dieran entre las naciones.

³⁵ Por ejemplo la creación de campos de concentración y trabajo forzado por parte de Alemania para la población judía, o la creación de campos de internamiento en Estados Unidos para la población de ascendencia japonesa; las masacres de prisioneros de guerra y de civiles por parte de las tropas japonesas, y los experimentos médicos en seres humanos por parte de los médicos nazis.

³⁶ Así se le conoció a la reunión llevada a cabo por los jefes de los gobiernos del Reino Unido, los Estados Unidos y la Unión Soviética, del 4 al 11 de febrero de 1945, en la ciudad de Yalta, en lo que es ahora territorio de Ucrania.

³⁷ Profundizamos en este tema en el siguiente capítulo.

Así las cosas, llegamos a un punto de inflexión, respecto del cual, Héctor González Uribe comenta:

Pero sin duda que el reconocimiento más importante y fundamental de los derechos humanos ha sido el de la Organización de las Naciones Unidas. De derechos humanos en cuanto humanos, sin distinción de individuales y sociales. Ya en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se pone de relieve la idea de la dignidad humana, al ratificar los Estados miembros su creencia en los derechos del hombre y en el valor de la persona humana. Esta misma idea se expresa con mayor claridad todavía en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre que fue aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Sus primeras palabras son: “La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Y el artículo primero remacha este pensamiento cuando dice que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad... y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Más todavía. Las anteriores declaraciones se han ido concretando en diversos instrumentos jurídicos internacionales, que les han dado

vigencia efectiva. Así, entre otros, el Tratado Europeo para la protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. En este tratado se obligan las partes contratantes a reconocer a todos los hombres que se encuentran dentro de sus respectivos territorios los derechos al que el propio tratado se refiere, y además a asegurar la aplicación efectiva de sus disposiciones por medio de los procedimientos que allí se señalan. Esto mismo han hecho, dentro de su esfera de competencia, los organismos interamericanos³⁸.

Queda claro entonces, que en este momento histórico se da un paso gigantesco: el del consenso universal acerca de los derechos humanos y su protección internacional.

3. Marco filosófico de los derechos humanos.

Gran parte del mérito de haber llegado a este consenso, se debe al desarrollo filosófico del de la dignidad humana como concepto conciliador entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Para sostener lo anterior, recurriré a un breve análisis de las posturas de los que en mi opinión,

³⁸ GONZALEZ Uribe, Héctor, *op. cit.*, pp.335.

son los pensadores más representativos de las mencionadas doctrinas filosóficas del derecho.

Del lado del iusnaturalismo, Luis Recaséns Sichés dice que superando el positivismo jurídico del siglo XIX y primera mitad del XX, hay un consenso general, a nivel popular, doctrinario y legislativo, para el reconocimiento de los derechos humanos como fundados en un “imperativo de la estimativa o axiología jurídica”, en un juicio de valor intrínsecamente fundado”. Y agrega para aclarar:

Con estas palabras no se intenta expresar un derecho subjetivo en el sentido técnico de estos vocablos, es decir, como posibilidad de hacerlo valer mediante el auxilio coercitivo de los órganos jurisdiccionales y ejecutivos del Estado. Se trata de expresar otra cosa muy diferente: se intenta afirmar que el Derecho positivo, que todo orden jurídico positivo, por exigencia ideal, por imperativo ético, debe establecer y garantizar en sus normas la libertad de conciencia; tanto, que unas reglas que desconociesen o violaran la libertad de conciencia negarían en absoluto toda esencia humana a sus destinatarios; porque la libertad de conciencia es un corolario directo e inmediato de la idea de la dignidad de la persona, la cual, a su vez, constituye un atributo esencial del ser humano y constituye el supremo valor que ha de inspirar al derecho. En efecto, una regla pretendidamente jurídica que desconozca o anule la dignidad de la persona, convierte al destinatario de esa regla pura y simplemente en una mera bestia. Así pues, no se habla de un derecho subjetivo dentro de un orden jurídico constituido, sino que se afirma otra cosa: se afirma un derecho ideal, natural, al nivel de la valoración o estimativa jurídica, en el campo del derecho

que se debe establecer, esto es en el plano de iure condendo o de lege ferenda.

Cuando la filosofía política y jurídica habla de derechos fundamentales de la persona humana, lo que hace es dirigir requerimientos al legislador, y también, en su caso, al juez, fundados sobre principios ideales de intrínseca y necesaria validez, sobre juicios necesarios de valor, para que el orden jurídico positivo pueda no solamente ser justo, sino constituir propiamente Derecho...

... Pero cuando unas reglas desconocen la dignidad de la persona humana, entonces esas reglas no son propiamente normas jurídicas; porque la norma supone esencialmente un destinatario humano. Y si una regla desconoce la calidad humana de su destinatario —lo cual sucede cuando niega la dignidad de la persona individual— entonces no es una regla dirigida a hombres, sino a seres degradados a la condición de simples animales. Y, entonces, no solo ni tanto se podría hablar de Derecho injusto, sino que más bien se debe afirmar que no se trata siquiera de Derecho, que no se trata de una norma auténticamente jurídica, porque le falta un destinatario adecuado, es decir: un ser humano, reconocido en tanto que humano³⁹.

A Ronald Dworkin, sus críticos lo han tachado como iusnaturalista, no lo consideramos así⁴⁰, no obstante, me parece adecuado incluir sus visiones del derecho en este

³⁹ RECASÉNS Sichés, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1970, pp. 335 y 336.

⁴⁰ Más adelante analizaremos su postura cuando ahondemos en el neoconstitucionalismo.

apartado, en razón a que sus críticas al positivismo jurídico ponen de manifiesto que la distinción entre moral y derecho no es tan rígida como pensamos⁴¹, y las implicaciones que su teoría tiene, nos lleva a la conclusión de que el principio de las mayorías (a través del que se plasma la soberanía popular) requiera de unos límites, una serie de derechos individuales, que cabe enmarcar bajo “*el principio de que todos merecen igual respeto y consideración*”⁴².”.

El filósofo e internacionalista Alfred Verdross resume cinco importantes consecuencias del reconocimiento de los derechos humanos por el Estado:

⁴¹ Dworkin rechaza la postura metodológica del positivismo, ya que éste (el positivismo) sólo da cuenta de las normas (aplicándolas en su totalidad, o no aplicándolas), y no toma en cuenta los principios y las directrices, los primeros hacen referencia a la justicia y la equidad, y las segundas hacen referencias a objetivos sociales beneficiosos; para Dworkin las normas y los principios son parte fundamental del derecho, orientando las decisiones del juez en los casos difíciles para poder arribar a una decisión correcta en la aplicación de las normas en los casos difíciles.

⁴² DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, traducción de M. Guastavino, Editorial Ariel, Barcelona, 1984 (1977), p.274.

1. *Cada comunidad estatal debe reconocer al hombre una esfera en la que pueda actuar como ser libre y responsable.*
2. *El orden social debe asegurar y proteger esa esfera de libertad.*
3. *La autoridad social debe estar sujeta a limitaciones.*
4. *El mantenimiento de estos límites debe estar debidamente asegurado*
5. *El deber de obediencia de los ciudadanos no es absoluto. Su límite está en la dignidad de la persona humana*⁴³.

Después de estas consideraciones, podemos llegar a la conclusión de que para el iusnaturalismo, no reconocer los derechos inherentes a la persona humana por razón de su dignidad, sería reducir a las personas a simples bestias u objetos, y si un régimen estatal pretendiese construirse o hacer válido una construcción normativa que negase la dignidad humana, dicho régimen carecería de legalidad⁴⁴ para con sus ciudadanos.

⁴³ VERDROSS, Alfred, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental – Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas-*, traducción castellana de Mario de la Cueva, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1962, p.383.

⁴⁴ Más adelante ahondaré en los conceptos de legalidad y legitimidad desde el punto de vista de la filosofía del derecho.

Ahora bien, las anteriores consideraciones no las hago para descalificar el positivismo jurídico antes de entrar al asunto de fondo, sino para mostrar el lado “sólido” de cada postura ya partir de ahí, construir un punto en el que ambas se pueden unir. Dicho esto, procedo a exponer las razones que el positivismo jurídico esgrime para cimentar un orden normativo en una norma fundamental⁴⁵.

Hans Kelsen dice en su obra *Teoría General del Derecho y del Estado*⁴⁶: “El derecho es un orden u organización específica

⁴⁵ Que a su vez debe reconocer la dignidad humana.

⁴⁶ Considero prudente darle contexto a esta expresión transcribiendo un fragmento del prólogo que hace Kelsen a esta obra: *Precisamente en virtud de su carácter anti-ideológico, la teoría pura del derecho se revela como una verdadera ciencia jurídica. La ciencia, como conocimiento, tiene siempre la tendencia inmanente a poner su objeto al descubierto. Pero la ideología política vela la realidad, ya sea transfigurándola, a fin de conservarla y defenderla, ya desfigurándola, a fin de atacarla, destruirla o reemplazarla por otra realidad. Toda ideología política tiene sus raíces en la voluntad, no en el conocimiento; en el elemento emocional de nuestra conciencia, no en el elemento racional. Brota de ciertos intereses o, más bien, de intereses distintos del interés por la verdad. Naturalmente que esta observación no implica un juicio de valor acerca de los intereses. No existe la posibilidad de adoptar una decisión racional relativamente a valores opuestos. Es precisamente de esta situación de donde surge un conflicto realmente trágico: el*

del poder⁴⁷”, atendiendo a esta frase, es justo decir que en la parte política de su teoría, Kelsen trata de conjugar la voluntad del individuo con la voluntad estatal, de manera que se conserve la primera, sin que se disuelva la segunda; y en la parte jurídica, trata de los problemas de legalidad y de legitimidad de un orden normativo; y es esta última parte (la jurídica) la que nos interesa.

De acuerdo a Jiménez Sánchez “Kelsen identificó los problemas de la justicia con los del entrecruzamiento entre legalidad y efectividad. Sólo así sería posible hablar de la justicia, si se la entiende como legalidad efectiva, legalidad que se aplica cuando debe aplicarse⁴⁸”.

conflicto entre la verdad, como principio fundamental de la ciencia, y la justicia, como supremo desiderátum de la política.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. E. García Máynez, México, UNAM, 1995 (1944), p. IX.

⁴⁷ Cfr. KELSEN, Hans, op. cit., p. 142.

⁴⁸ JIMÉNEZ Sánchez, José J., “Democracia y Derechos Humanos” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 35, Universidad de Granada, España, 2001, p.194.

Por lo tanto “La legalidad remite, por tanto a la eficacia y la justicia se disuelve en ésta, en la aplicación, es decir, la efectividad, de la legalidad⁴⁹”.

De esta manera, Kelsen disuelve los problemas de la justicia en los del juego entre legalidad y efectividad. Por eficacia del derecho entenderá que “los hombres se comportan en la forma en que, de acuerdo con las normas jurídicas, deben comportarse; o sea, que las normas son realmente aplicadas y obedecidas⁵⁰” Y definirá la validez como “la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o —lo que es lo mismo— a reconocer que tiene ‘fuerza obligatoria’ frente a aquellos cuya conducta regula⁵¹”. Por lo tanto, una norma válida es aquella que es obligatoria, porque se ha dictado de acuerdo con lo establecido en la norma superior, dice Kelsen: “La razón o fundamento de validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho. La búsqueda del fundamento de validez de

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ KELSEN, Hans, *op. cit.*, p.46.

⁵¹ *Ibidem*, p.35.

una norma no nos conduce a una realidad, sino a otra norma de la cual la primera procede⁵²». Es decir que Kelsen remitirá finalmente la validez de todas las normas de un determinado sistema normativo a una norma fundamental que supone válida.

Cabe destacar la importancia que reviste la contribución de Kelsen al Derecho en cuanto a la jerarquía de normas y a la organización de un sistema normativo (y de un Estado) ordenado en torno a una norma fundamental⁵³.

Resumimos entonces, los puntos sólidos y los puntos débiles de cada postura filosófica:

1. Para el iusnaturalismo, queda claro que el fin del Estado, es el de procurar, y proteger la dignidad humana que se encuentra expresada en los derechos humanos como principios morales de una

⁵² *Ibidem*, p.130.

⁵³ Asunto en el que los iusnaturalistas no abundan ni con la profundidad, ni con la seriedad con que lo hace Kelsen.

sociedad⁵⁴; sin embargo, este punto de vista es demasiado abstracto y por ende, insuficiente, para permear en el plano de lo (formalmente) jurídico, es decir, no se concreta normativamente.

2. Por su parte, el positivismo jurídico ha concretado un orden normativo funcional basado principalmente en los conceptos de legitimidad y legalidad, en los cuales, el más desarrollado, es el de legitimidad, ya que supone (en el caso de la labor de producción de la norma) el seguimiento de una serie de pasos previamente establecidos para producir leyes que gobiernen a una sociedad, y (en el caso jurisdiccional) la aplicación de una ley a un caso previsto por la misma; no obstante, el concepto de legalidad constituye el punto débil de esta filosofía, puesto que dicho concepto se entiende como la referencia de toda ley a una

⁵⁴ En nuestra opinión, las Declaraciones de Derechos en la historia de la humanidad, han sido (antes que vinculantes) declaraciones de principios morales colectivos basados en la dignidad humana concebida desde una perspectiva común por las sociedades occidentales.

norma fundamental, y no explica en qué se basa a su vez esa norma fundamental⁵⁵.

Es en el pensamiento de Jürgen Habermas donde encontramos que encontramos que las carencias de una postura pueden complementarse con las virtudes de la otra.

Dice Habermas: *Después de doscientos años de historia constitucional moderna, poseemos ya un mejor entendimiento de lo que distinguió este desarrollo desde sus inicios: la dignidad humana configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho. La idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático, de tal forma que su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos*⁵⁶.

⁵⁵ El problema con esto, es que si la norma fundamental no expresa principios morales (por ejemplo la dignidad humana como límite al poder) fácilmente se puede caer en absolutismos y totalitarismos que atropellen al ser humano justificándose en que la norma fundamental representa la voluntad de la mayoría.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen, “El Concepto de Dignidad Humana y Utopía Realista de los Derechos Humanos” en *Revista de Filosofía Diánoia*, volumen LV, número 64, mayo de 2010, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, p.11.

O dicho de otra manera: *Es posible desde el punto de vista moral formular iguales libertades subjetivas de acción, aunque por las propias exigencias de la moral, esas libertades tendrían que reconocerse de manera tan abstracta que apenas podrían aplicarse a las situaciones concretas. Al inconveniente de la excesiva abstracción de los principios morales, habría que añadir además que la persona que se mueve en el campo moral está sujeta a enormes exigencias cognitivas, motivacionales y organizativas*⁵⁷.

Dada la abstracción de los principios morales, éstos requieren su concreción por medio de las normas jurídicas, con lo que se evitaría que nos quedásemos sólo con la formulación de principios excesivamente abstractos para que pudieran aplicarse en la práctica, cabe señalar que el proceso de concreción no puede atender sólo a razones morales, sino que tiene que atender a otros tipos de razones, como son las éticas o formas concretas de vida y las razones pragmáticas.

Tenemos entonces que la dignidad humana expresada en los Derechos Humanos, sirve como síntesis a dos posturas

⁵⁷ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, introducción y traducción de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1988, p.180.

filosóficas enfrentadas, y permite el paso de los deberes morales a exigencias legales⁵⁸.

Concluyo este capítulo con la opinión de José J. Jiménez Sánchez: “Esta manera de entender las relaciones entre legalidad y legitimidad, entrecruzadas con los problemas propios de las sociedades democráticas, esto es, de los límites a que han de atenerse las decisiones adoptadas democráticamente en esas sociedades en la medida en que las mismas requieren de legitimidad, plantea una nueva forma de acercarse a los temas de reflexión propios de la filosofía del derecho⁵⁹”.

⁵⁸ Como dice Habermas: *Con la traducción del primer derecho humano en derecho positivo surgió el deber legal de cumplir con requerimientos morales rigurosos, y esto es algo que ha quedado grabado en la memoria colectiva de la humanidad. Cfr. HABERMAS, Jürgen, “El Concepto de Dignidad Humana y Utopía Realista de los Derechos Humanos”... op. cit., p.19.*

⁵⁹ JIMÉNEZ Sánchez, José J., *op. cit.*, p.212.

Capítulo II. Sistemas de Protección de los Derechos Humanos en México.

Ya que hemos hablado del origen de los derechos humanos, ahora nos toca explicar los sistemas de protección a derechos humanos, primeramente, cabe señalar que los sistemas de protección de los derechos humanos en México se clasifican de dos formas:

De acuerdo a su instancia:

1. Nacionales:
 - a. Jurisdiccionales.
 - b. No jurisdiccionales.
 - c. Administrativos.
2. Internacionales:
 - a. Sistema Universal (Organización de las Naciones Unidas).
 - b. Sistema Interamericano (Organización de Estados Americanos).

De acuerdo a la naturaleza de su procedimiento⁶⁰:

1. Jurisdiccionales: son atendidos por Tribunales Judiciales y Administrativos, y uno de los más utilizados es el Juicio del Amparo, que constituye un instrumento jurídico creado en favor de las y los gobernados, que tiene por finalidad hacer respetar en términos generales sus derechos; y se tramita en los Tribunales del Poder Judicial de la Federación.
2. No jurisdiccionales: son precisamente los que se inscriben el denominado también Sistema Ombudsman; además de las Organizaciones No Gubernamentales y de los Defensores de Derechos Humanos independientes como mecanismos de protección y defensa⁶¹.

⁶⁰ Cfr. SORIANO Flores, Jesús y VIDAURRI Aréchiga, Manuel, *El sistema ombudsman en México: especial referencia a la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, artículo enviado para su publicación en *Revista de la defensoría del pueblo de Buenos Aires*, México, 2012.

⁶¹ Al respecto, Soriano y Vidaurri señalan que: *De conformidad con la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los Derechos Humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*, “toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional”. *Vid* SORIANO Flores, Jesús y VIDAURRI Aréchiga, Manuel, *op. cit.*, p.3, nota 4.

3. Administrativos: son aquellos que se siguen ante dependencias con diversos ámbitos de competencia, tales como la Procuraduría Federal del Consumidor, la Procuraduría Agraria, la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Académicos de la Universidad de Guanajuato y de las de otras Universidades, etc.

Puesto que se trata de un tema que en recientes fechas ha llamado la atención del público jurista en México, y por ende, consideramos que el tener clara la parte orgánica de estos sistemas es algo necesario, a continuación haremos una especial referencia a la estructura y organización de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

1. Antecedentes del Sistema Interamericano.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) se inició formalmente con la Declaración

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁶² en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948, dicha conferencia, dio pie a la creación de la Organización de los Estados Americanos (en adelante OEA). La OEA es el organismo regional internacional más antiguo del mundo, fue creada en 1948 cuando se suscribió en Bogotá, Colombia, la Carta de la OEA⁶³ que entró en vigor en diciembre de 1951, y su origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890, su finalidad es lograr un orden de paz y justicia, fomentar la solidaridad de los Estados parte⁶⁴, así

⁶² Documento consultado en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp> el 12 de abril de 2013.

⁶³ Documento consultado en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm el 12 de abril de 2013.

⁶⁴ Los Estados Miembros de la OEA son Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

como defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia⁶⁵.

2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) fue creada por la OEA en 1959 a raíz de una resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores⁶⁶ celebrada en Santiago de Chile⁶⁷, la CIDH es un órgano principal y autónomo de la OEA, encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano, tiene su sede en Washington D.C.

⁶⁵ *Id*, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/intro.asp> enlace consultado el 12 de abril de 2013.

⁶⁶ He aquí una copia del acta: <http://www.oas.org/consejo/sp/RC/Actas/Acta%205.pdf>, enlace consultado el 12 de abril de 2013.

⁶⁷ La Declaración de Santiago proclama que *la armonía entre las Repúblicas americanas sólo puede ser efectiva en tanto el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el ejercicio de la democracia representativa sean una realidad en el ámbito interno de cada una de ellas* y declara que *los gobiernos de los Estados americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana.*

El Consejo de la OEA aprobó el Estatuto de la Comisión el 25 de mayo de 1960 y eligió a sus primeros miembros el 29 de junio de ese mismo año. En 1961 la CIDH comenzó a realizar visitas a varios países para observar *in situ* la situación de derechos humanos.

La Comisión se rigió por su Estatuto original hasta que en noviembre de 1965l la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Rio de Janeiro, Brasil, resolvió modificarlo, ampliando las funciones y facultades de la Comisión.

La CIDH se constituyó en un órgano principal de la OEA con la primera reforma de la Carta de la OEA, que se materializó con la adopción del Protocolo de Buenos Aires suscrito en 1967. La Carta de la OEA indica que mientras entrara en vigor la Convención Americana⁶⁸, se le asignaba a la CIDH la función de velar por la observancia de dichos derechos (Artículo 145). La reforma de la Carta, que entró en vigor en 1970, establece en su Artículo 106 que:

“Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos

⁶⁸ También conocida como Pacto de San José.

humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia.”

El Estatuto⁶⁹ que rige actualmente el funcionamiento de la Comisión fue aprobado en el Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA en La Paz, Bolivia, en 1979.

La CIDH está integrada por siete personas⁷⁰, elegidas a título personal por la Asamblea General de la Organización y deben ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos. La duración de su mandato es de cuatro años, renovables por un único período adicional. La directiva de la Comisión está compuesta por un cargo de Presidente, Primer

⁶⁹ Puede consultarse en: <http://www.cidh.org/basicos/basicos9.htm> , enlace consultado el 12 de abril de 2013.

⁷⁰ Actualmente, los Comisionados que la componen son: José de Jesús Orozco Henríquez (México), Tracy Robinson (Jamaica), Felipe González (Chile), Dinah Shelton (Estados Unidos), Rodrigo Escobar Gil (Colombia), Rosa María Ortiz (Paraguay) y Rose-Marie Belle Antoine (Santa Lucía y Trinidad y Tobago).

Vicepresidente y Segundo Vicepresidente, con un mandato de un año, pudiendo ser respectivamente reelegidos una sola vez en cada período de cuatro años.

La CIDH tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas. El Estatuto de la CIDH establece en sus Artículos 18, 19 y 20 las funciones y las atribuciones de dicho organismo, distinguiendo claramente sus atribuciones respecto de los Estados partes en la Convención Americana de aquellas referidas a los Estados miembros de la Organización que no son partes en la Convención Americana. Respecto a estos últimos, la competencia de la Comisión se basa en las disposiciones de la Carta de la OEA y la práctica de la CIDH. Por su parte, la competencia de la Comisión con relación a los Estados partes en la Convención Americana emana de dicho instrumento.

Tanto la Convención Americana como el Estatuto de la CIDH la facultan para adoptar su propio Reglamento. La Comisión Interamericana aprobó el Reglamento

actualmente vigente durante el 137º Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y entró en vigor el 31 de diciembre de 2009. Posteriormente, el 2 de septiembre de 2011, la CIDH, en cumplimiento de las atribuciones que le confiere el Artículo 22 de su Estatuto modificó el Artículo 11 del Reglamento. El Reglamento actual⁷¹ consta de 80 Artículos y está dividido en cuatro títulos.

La razón de estas reformas es el fortalecimiento del Sistema Interamericano a través del afianzamiento de la participación de las víctimas, de las garantías al equilibrio procesal y de la publicidad y la transparencia, es así como el 1º de marzo de 2011 entró en vigor el Reglamento de la CIDH que regula el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El Reglamento establece que la CIDH podrá conceder recursos del Fondo de Asistencia Legal, cuando éstos estén disponibles, a peticionarios y peticionarias en denuncias que hayan sido declaradas admisibles por la Comisión, o respecto a la cual

⁷¹ *Vid*, <http://www.cidh.org/basicos/basicos10.htm> , enlace consultado el 12 de abril de 2013.

la Comisión haya comunicado su decisión de acumular el análisis de admisibilidad con el fondo del asunto. Asimismo, establece que los fondos serán concedidos a aquellas personas que demuestren la carencia de recursos suficientes para cubrir total o parcialmente gastos relativos a la recolección y remisión de documentos probatorios, así como los gastos relacionados con la comparecencia de la presunta víctima, testigos o peritos a audiencias ante la Comisión, y otros gastos que la CIDH estime pertinentes para el procesamiento de una petición o de un caso.

3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la IX Conferencia Internacional Americana llevada a cabo en Bogotá, Colombia, en 1948, se adoptó la Resolución XXXI denominada “Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre”, en la que se consideró que la protección de esos derechos debía “ser garantizada por un órgano jurídico, como quiera que no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente”, por lo que se le encargó al Consejo

Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto sobre la creación de una "Corte Interamericana de los Derechos Humanos" y otros órganos adecuados para la tutela y observancia de tales derechos.

El 22 de noviembre de 1969 se llevó a cabo la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, en la ciudad de San José, Costa Rica, tras la cual se aprobó y suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷² (CADH) también conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, que entró en vigor en 1978 y que ha sido ratificada por 24 países⁷³.

Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos creó⁷⁴ la Corte Interamericana de Derechos

⁷² Consultada en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp> , el día 12 de abril de 2013.

⁷³ A marzo de 2012 los países son: Argentina, Barbados, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela.

⁷⁴ Con el fin de salvaguardar los derechos esenciales del hombre en el continente americano, la Convención instrumentó dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos:

Humanos en 1969; sin embargo, el tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor dicho tratado.

Los Estados parte de la Convención Americana eligieron a los primeros siete jueces de la Corte durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, celebrado en mayo de 1979. La Corte fue instalada oficialmente en su sede en San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979, y su Estatuto aprobado por la Asamblea General de la OEA celebrada en La Paz, Bolivia en octubre de 1979, mediante la Resolución No.

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera había sido creada en 1959 e inició sus funciones en 1960, cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros.

Sin embargo, el Tribunal no pudo establecerse y organizarse hasta que entró en vigor la Convención. El 22 de mayo de 1979 los Estados Partes en la Convención Americana eligieron, durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, a los juristas que en su capacidad personal, serían los primeros jueces que compondrían la Corte Interamericana. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D. C.

La Asamblea General de la OEA, el 1 de julio de 1978, recomendó aprobar el ofrecimiento formal del Gobierno de Costa Rica para que la sede de la Corte se estableciera en ese país. Esta decisión fue ratificada después por los Estados Partes en la Convención durante el Sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrado en noviembre de 1978. La ceremonia de instalación de la Corte se realizó en San José el 3 de septiembre de 1979.

448. En el curso de su Tercer Período de Sesiones, llevado a cabo del 30 de julio al 9 de agosto de 1980, la Corte completó los trabajos sobre el Acuerdo Sede concertado con Costa Rica. En dicho acuerdo, ratificado por el Gobierno de Costa Rica, se estipulan las inmunidades y los privilegios de la Corte, sus jueces y su personal, así como de las personas que comparezcan ante ella.

La Corte Interamericana está integrada por siete jueces⁷⁵, elegidos a título personal de entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales, conforme a la ley del Estado del cual sean nacionales o del Estado que les postule como candidatos. Los jueces de la Corte son electos para un mandato de seis años y sólo pueden ser reelectos una vez. La Corte elige a su Presidente

⁷⁵ Al día de hoy, ellos son: Diego García Sayán (Perú) actualmente presidente de la Corte; Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica) actualmente vicepresidente de la Corte; Leonardo A. Franco (Argentina); Alberto Pérez Pérez (Uruguay); Margarette May Macaulay (Jamaica); Rhadys Abreu Blondet (República Dominicana); y Eduardo Vio Grossi (Chile).

y Vicepresidente, por un período de dos años, quienes podrán ser reelectos.

De conformidad con el Artículo 1º del Estatuto de la Corte, ésta es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para el cumplimiento de dicho objetivo, la Corte tiene dos funciones: una función jurisdiccional, la cual se rige por las disposiciones de los Artículos 61, 62 y 63 de la Convención Americana y una función consultiva, la cual se rige por las disposiciones establecidas en el Artículo 64 de la Convención Americana. En lo que a la función jurisdiccional se refiere, sólo la Comisión y los Estados partes en la Convención Americana que hubieren reconocido la competencia de la Corte⁷⁶ están autorizados para someter a su decisión un caso relativo a la interpretación o aplicación de la Convención Americana a condición de que se haya agotado el procedimiento que debe tener lugar ante la Comisión y que se encuentra previsto en los Artículos 48 a 50 de dicho instrumento.

⁷⁶ México la reconoció desde el 16 de diciembre de 1988.

Para que pueda presentarse ante la Corte un caso contra un Estado parte, éste debe reconocer la competencia de dicho órgano. La declaración de reconocimiento de la competencia de la Corte puede ser hecha en forma incondicional para todos los casos o bien, bajo condición de reciprocidad, por un tiempo determinado o para un caso específico. Al 30 de abril de 2012, 21 Estados partes de la Convención Americana han reconocido la competencia contenciosa de la Corte⁷⁷.

En cuanto a la función consultiva de la Corte, la Convención Americana prevé en su Artículo 64 que cualquier Estado miembro de la Organización puede consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Este derecho de consulta se hace extensivo, en lo que a cada uno les compete, a los órganos enumerados en el Artículo 53 de la Carta de la OEA. La Corte puede

⁷⁷ Ellos son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

también, a solicitud de cualquier Estado miembro de la Organización, emitir opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, de conformidad con el Artículo 64 de la Convención Americana.

La Corte Interamericana aprobó su primer Reglamento⁷⁸ en julio de 1980. Esta norma se encontraba basada en el Reglamento entonces vigente para la Corte Europea de Derechos Humanos, inspirado en el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Ante la necesidad de agilizar su procedimiento, la Corte aprobó un segundo Reglamento en 1991, el cual entró en vigor el 1º de agosto de ese mismo año. Cinco años después, el 16 de septiembre de 1996, la Corte adoptó su tercer Reglamento, el cual entró en vigor el 1º de enero de 1997. La principal modificación se encuentra plasmada en el entonces Artículo 23 el cual otorgó a los representantes de las víctimas o de sus familiares la facultad de presentar, en

⁷⁸*Id.* http://www.corteidh.or.cr/reglamento/regla_esp.pdf enlace consultado el 12 de abril de 2013.

forma autónoma, sus propios argumentos y pruebas en la etapa de reparaciones del proceso. Dicha reforma, que entró en vigor el 1° de junio de 2001, introduce una serie de medidas destinadas a otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, la participación directa en todas las etapas del proceso iniciado mediante la presentación de una demanda ante el Tribunal. Este Reglamento fue posteriormente reformado por el Tribunal el 24 de noviembre de 2000 en su LXI Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, y en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

Cabe mencionar que el 1° de junio de 2010 entró en vigor el Reglamento de la Corte sobre el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, en el cual se indica la oportunidad procesal para interponer la solicitud para acogerse al fondo, así como el procedimiento para determinar su procedencia y asignación.

Es con la creación y puesta en marcha de éstos organismos que se empezó a tejer una red de disposiciones e instituciones que llegaría a conocerse como “El Sistema Interamericano”, el más antiguo sistema institucional internacional para la observancia y defensa de los derechos humanos.

4. Antecedentes del Sistema Universal.

El nacimiento del Sistema Universal se produce luego de la Segunda Guerra Mundial, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) a través de la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas⁷⁹ el 26 de junio de 1945 en San Francisco, EUA, entrando en vigor el 24 de octubre del mismo año.

Las Naciones Unidas son una organización internacional fundada en 1945 tras la Segunda Guerra Mundial por 51 países (dentro de los cuales se encuentra México) que se comprometieron a mantener la paz y la seguridad

⁷⁹ Consultada en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter.htm> , el 12 de abril de 2013.

internacional, fomentar entre las naciones relaciones de amistad y promover el progreso social, la mejora del nivel de vida y los derechos humanos⁸⁰.

Debido a su singular carácter internacional, y las competencias de su Carta fundacional, la Organización puede adoptar decisiones sobre una amplia gama de temas, y proporciona un foro a sus 193 Estados Miembros⁸¹ para expresar sus opiniones.

5. La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos.

En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993⁸², la comunidad internacional decidió establecer un

⁸⁰*Id*, <http://www.un.org/es/aboutun/> , enlace consultado el 12 de abril de 2013.

⁸¹Puede verse una lista completa y actualizada de ellos en: <http://www.un.org/es/members/index.shtml> , enlace consultado el 12 de abril de 2013.

⁸² Aquí puede consultarse una copia de la Conferencia, también conocida como “Declaración y programa de acción de Viena”: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement> , enlace consultado el 12 de abril de 2013.

mandato de derechos humanos más sólido y con mayor apoyo institucional. En consecuencia, los Estados miembros de las Naciones Unidas, mediante una resolución de la Asamblea General, crearon en 1993 la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (en adelante OACDH).

El Alto Comisionado para los Derechos Humanos⁸³ es el principal funcionario de derechos humanos de las Naciones Unidas. El Alto Comisionado encabeza la OACDH y dirige los esfuerzos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos.

La misión de la OACDH es trabajar por la protección de todos los derechos humanos para todas las personas, habilitar a las personas en la realización de sus derechos, y ayudar a aquellos responsables de defender dichos derechos a garantizar su aplicación.

Operacionalmente, la OACDH trabaja con los gobiernos, los parlamentos, los tribunales, las instituciones nacionales, la sociedad civil, las organizaciones regionales e internacionales y el

⁸³ Este cargo lo desempeña la jurista sudafricana Navanethem Pillay desde julio de 2008.

sistema de las Naciones Unidas para desarrollar y fortalecer la capacidad, en particular a nivel nacional, para la protección de los derechos humanos de conformidad con las normas internacionales.

Institucionalmente, la OACDH está dedicada a fortalecer el programa de derechos humanos de las Naciones Unidas y prestarle apoyo. La OACDH está comprometida a trabajar estrechamente con sus asociados de las Naciones Unidas para garantizar que los derechos humanos sean el fundamento de la labor de las Naciones Unidas.

La OACDH tiene el mandato de promover y proteger el goce y la plena realización, para todas las personas, de todos los derechos contemplados en la Carta de las Naciones Unidas y en las leyes y tratados internacionales en materia de derechos humanos. La OACDH se atiene en su labor al mandato encomendado por la Asamblea General en su resolución 48/141⁸⁴, la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y

⁸⁴ Puede consultarse una copia de la resolución en: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/c519be2fd93d9fb380256716003f3c95?Opendocument>, enlace consultado el 12 de abril de 2013.

los subsiguientes instrumentos de derechos humanos, la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993 y el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005⁸⁵.

El mandato incluye prevenir casos de violaciones de derechos humanos, asegurar el respeto de todos los derechos humanos, promover la cooperación internacional para proteger los derechos humanos, coordinar actividades conexas en toda la Organización de las Naciones Unidas, y fortalecer y hacer más eficiente el sistema de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos. Además de las responsabilidades encomendadas por el mandato, la Oficina encabeza los esfuerzos por integrar un enfoque de derechos humanos en todas las actividades de los organismos de las Naciones Unidas.

Para llevar a cabo esta tarea, la OACDH tiene su oficina ejecutiva en Ginebra, Suiza, una oficina en la sede principal

⁸⁵ Puede consultarse una copia aquí: http://www.un.org/spanish/summit2005/fact_sheet4.pdf , enlace consultado el 12 de abril de 2013.

de la ONU en Nueva York, Estados Unidos, y 12 oficinas o centros regionales alrededor del mundo⁸⁶.

A través de los años, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH) ha aumentado su presencia en el terreno, ampliando el alcance de su labor y dándoles una voz a quienes más lo necesitan. Las presencias de la OACDH más allá de su sede principal son un punto de entrada estratégico para la promoción y protección de los derechos humanos en los países; para la incorporación de los derechos humanos, es decir, la integración de una perspectiva de derechos humanos en la labor de los Equipos de las Naciones Unidas en los países; y para la colaboración con el fortalecimiento de las instituciones nacionales y la sociedad civil.

6. El Consejo de Derechos Humanos.

El 12 de agosto de 1947, por resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas⁸⁷ (en adelante

⁸⁶ Éstas se encuentran en Adís Abeba (Etiopía); Pretoria (Sudáfrica); Dakar (Senegal); Ciudad de Panamá (Panamá); Santiago de Chile (Chile); Bruselas (Bélgica); Biskek (Kirguistán); Bangkok (Tailandia); Beirut (Líbano); y Suva (República de Fiyi).

ECOSOC), es creada la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. El 15 de marzo de 2006 la Asamblea General de la ONU creó el Consejo de Derechos Humanos⁸⁸ (en adelante CDH) como un organismo de las Naciones Unidas, reemplazando a la Comisión, que celebró su última sesión el 27 de marzo de 2006⁸⁹.

La primera sesión del CDH tomó lugar del 19 al 30 de junio de 2006 es un órgano intergubernamental compuesto por 47 Estados miembros de la ONU⁹⁰, y es responsable

⁸⁷*Vid*, <http://www.un.org/es/ecosoc/> , enlace consultado el 12 de abril de 2013.

⁸⁸ Esto en virtud de la resolución 60/251 de la Asamblea General, misma que puede ser consultada aquí: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/502/66/PDF/N0550266.pdf?OpenElement> , enlace consultado el 12 de abril de 2013.

⁸⁹ La disolución de la Comisión de Derechos Humanos fue motivada por diversas críticas respecto a la composición de la misma, ya que repetidamente se denunció que favorecía intereses estratégicos de países como Libia, Irán, Irak, China, Rusia y los países miembros de la Organización para la Cooperación Islámica, asimismo, se señalaba que la Comisión incluía miembros que ni siquiera podían defender a sus propios pueblos contra violaciones de derechos humanos de sus propios gobiernos.

⁹⁰ Se eligen por mayoría absoluta de la Asamblea General de la ONU. Los asientos se distribuyen entre los grupos regionales de la siguiente manera: África: 13 lugares (Argelia, Camerún, Gabón, Ghana, Mali, Mauricio, Marruecos, Nigeria, Senegal, Sudáfrica, Túnez, Yibuti, y Zambia); Asia: 13 lugares (Arabia Saudita, Baréin, Bangladesh, Corea

del fortalecimiento, la promoción, y la protección de los derechos humanos en el mundo.

El Consejo de Derechos Humanos es un órgano intergubernamental que forma parte del sistema de las Naciones Unidas y que está compuesto por 47 Estados Miembros responsables del fortalecimiento de la promoción y la protección de los derechos humanos en el mundo. Fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de marzo de 2006, con el objetivo principal de considerar las situaciones de violaciones de los derechos humanos y hacer recomendaciones al respecto.

Un año después de celebrar su primera reunión, el 18 de junio de 2007, el consejo adoptó su "paquete de construcción institucional" que proporciona elementos que guían su trabajo futuro. Entre estos se destaca el nuevo

del Sur, Filipinas, India, Indonesia, Japón, Jordania, Malasia, Pakistán, República Popular China, y Sri Lanka); América Latina y el Caribe: 8 lugares (Argentina, Brasil, Cuba, Ecuador, Guatemala, México, Perú, y Uruguay); Europa occidental y otros Estados: 7 lugares (Alemania, Canadá, España, Finlandia, Francia, Países Bajos, Reino Unido, y Suiza); Europa oriental: 6 lugares (Azerbaiyán, República Checa, Polonia, Rumania, Rusia, y Ucrania).

“mecanismo de examen periódico universal⁹¹”, a través del cual se examinará la situación de los derechos humanos en los 192 Estados miembros de las Naciones Unidas. Otras características incluyen un nuevo Comité Asesor⁹² que sirve como el "think tank" del consejo asesorándolo en diversas cuestiones temáticas relativas a los derechos humanos y el nuevo mecanismo de método de denuncias⁹³ que permite

⁹¹*The Universal Periodic Review (UPR) is a unique process which involves a review of the human rights records of all UN Member States. The UPR is a State-driven process, under the auspices of the Human Rights Council, which provides the opportunity for each State to declare what actions they have taken to improve the human rights situations in their countries and to fulfil their human rights obligations. As one of the main features of the Council, the UPR is designed to ensure equal treatment for every country when their human rights situations are assessed.* (El Examen Periódico Universal [EPU] es un proceso único que involucra una revisión de los informes de derechos humanos de todos los Estados miembros de la ONU. El EPU es un proceso llevado a cabo por el Estado, bajo el auspicio del Consejo de Derechos Humanos, lo cual le da a cada Estado la oportunidad de declarar que acciones han llevado a cabo para mejorar las situaciones relativas a derechos humanos en sus países así como para dar cumplimiento a sus obligaciones en materia de derechos humanos. Como una de las principales características del Consejo, el EPU está diseñado para asegurar un igual trato para cada país cuando sus situaciones de derechos humanos estén siendo evaluadas.). La traducción es nuestra. *Vid,*

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx> , enlace consultado el 12 de abril de 2013.

⁹² *Vid,* <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/advisorycommittee.htm> , enlace consultado el 12 de abril de 2013.

⁹³ *Vid,* <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/complaints.htm> , enlace consultado el 12 de abril de 2013.

que individuos y organizaciones presenten denuncias sobre violaciones de los derechos humanos a la atención del Consejo. El Consejo de Derechos Humanos también continuará trabajando de cerca con los procedimientos especiales⁹⁴ de las Naciones Unidas establecidos por la extinta comisión y admitidos por el Consejo.

Actualmente, el presidente del Consejo de Derechos Humanos es el embajador de Polonia Remigiusz Achilles Henczel⁹⁵.

Al contar con un andamiaje estructural y orgánico bajo el cual actuar, se vuelve necesario conocer y valorar las repercusiones de estos sistemas de protección a derechos humanos, para así estar mejor preparados para lidiar con las consecuencias que (seguramente) tendrán en el sistema jurídico mexicano.

⁹⁴

Vid,

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm>, enlace consultado el 12 de abril de 2013.

⁹⁵ Su mandato corresponde al séptimo ciclo, y abarcará de 2013 a 2014.

Capítulo III. El sistema jurídico mexicano y el impacto de la reforma al artículo 1º constitucional en materia de Derechos Humanos.

Si bien, los derechos humanos surgen primero como una defensa del individuo frente al poder público, y han evolucionado a gran velocidad desde la segunda parte del siglo XX (pasando por las conquistas de los derechos sociales, la figura del Ombudsman, el Amparo mexicano, los Tribunales Constitucionales, etc.), su desarrollo no ha cesado, no son una moda ni algo pasajero, ni siquiera son algo reciente⁹⁶; entonces, ¿Por qué es que ahora el tema de los derechos humanos⁹⁷ adquiere tanta relevancia para el derecho mexicano? El 10 de junio del 2011, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, la que es (de

⁹⁶ Al respecto, cabe aclarar que sin pretender hacer un recuento histórico, sí es necesario enunciar algunos de los “momentos clave” para el desarrollo de los derechos humanos en la historia: La Carta Magna firmada por el Rey Juan I “Sin tierra” de Inglaterra, en 1215; La Carta de Derechos (Bill of Rights) inglesa de 1689; La Declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776; La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (junto al lema “Libertad, Igualdad, Fraternidad”) francesa en 1789; La Primera Guerra Mundial; La Revolución Rusa de 1917; El Pacto de la Sociedad de Naciones de 1919; La Segunda Guerra Mundial; La Carta de las Naciones Unidas firmada en San Francisco, en 1945; y La Declaración Universal de los Derechos Humanos firmada en París, en 1948.

⁹⁷ Y el del derecho internacional de los derechos humanos.

acuerdo a muchos juristas), la mayor innovación jurídica en el derecho mexicano, desde la Constitución de 1917; dicha reforma⁹⁸ constituye un completo cambio respecto al paradigma de aplicación de derechos humanos consagrados en la misma Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.

A decir de algunos estudiosos del tema del derecho internacional de los derechos humanos: “La incorporación de los derechos humanos a la Constitución mexicana hace mucho más que modificar el lenguaje normativo. La nueva redacción trae consigo el reconocimiento de un abundante cuerpo jurídico de origen internacional y, principalmente, una forma de concebir la relación entre el Estado y las personas y grupos, orientada a ampliar su ámbito de protección.”⁹⁹.

⁹⁸ *Diario Oficial de la Federación* 10/06/2011, “DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, visto en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011 , enlace consultado el 12 de abril de 2013.

⁹⁹ VÁZQUEZ, Luis Daniel, y SERRANO, Sandra, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, pp.1.

No obstante esta aseveración, en opinión de Jesús Soriano Flores y Manuel Vidaurri Aréchiga¹⁰⁰, antes de la reforma ya existía la apertura al cuerpo jurídico internacional:

“...anteriormente a la reforma constitucional en comento, el artículo 133 del CPEUM vigente, ya señalaba la obligatoriedad de los Tratados Internacionales al indicar lo siguiente: ‘Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.’”

En este orden de ideas, aunque reconocemos la importancia y las repercusiones de la reforma al incorporar los Tratados Internacionales en el numeral primero, ya existía la obligatoriedad para el Estado Mexicano relativa a la observancia de dichas normas internacionales, por lo que no es correcto afirmar, como se ha dicho en múltiples ocasiones, que es a partir de la Reforma Constitucional, cuando se incorporaron como obligatorios los Tratados Internacionales.”

¹⁰⁰ SORIANO Flores, Jesús, y VIDAURRI Aréchiga, Manuel, *Reforma Constitucional de 2011 en materia de derechos humanos en México: 10 temas fundamentales*, artículo por publicarse en la Revista Española de Derecho Penal, Agosto de 2012, p. 3.

En lo que respecta a este trabajo, consideramos que con la nueva redacción del artículo 1º, no existe duda alguna sobre la incorporación de los Tratados Internacionales al derecho constitucional mexicano.

Vale la pena hacer notar la inquietud con que esta reforma ha sido percibida por amplios sectores de juristas en nuestro país, y que, en algunos aspectos es acertada (en cuanto a que la reforma es incompleta), y en otros aspectos es exagerada (en cuanto a opiniones de que la reforma “tira por la borda” la soberanía del país).

Primero que nada, precisemos el contexto en que se da dicha reforma, de acuerdo a Albrecht Wellmer¹⁰¹, los derechos humanos tienen una doble tarea:

Por un lado, los derechos humanos pueden adquirir la calidad de derechos exigibles únicamente en el interior de una comunidad política particular, esto es, en el interior del estado-nación; pero, por otro, los derechos humanos están conectados con una demanda universal de validez que desborda toda frontera nacional.

Es decir, por una parte, los derechos humanos atienden a la “forma clásica” que adoptan los derechos civiles para

¹⁰¹ WELLMER, Albrecht, 1998, “Menschenrechte und Demokratie”, en Gosepath y Lohmann 1998, pp. 265–291. *Cit. pos.* HABERMAS, Jürgen, “El concepto..., *op. cit.*, pp. 3-25. Versión en castellano por Javier Aguirre Román.

volverse asequibles a los ciudadanos de un Estado en particular, y que éste mismo Estado se encarga de tutelar y proteger en su ámbito jurídico-temporal de validez con base y respaldo de lo que su Constitución (como norma fundamental del Estado) estipule. Por otro lado, y como consecuencia de su internacionalización y constitucionalización, los derechos humanos se vuelven una condición *sine qua non* para que un Estado puede considerarse como un auténtico y legítimo “Estado de Derecho” o “democracia liberal¹⁰²” de acuerdo a los estándares de organizaciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas.

Para entender qué es lo que cambia, recurriremos a una comparación del texto del artículo 1º constitucional previo a la reforma y posterior a la misma:

¹⁰² Como lo señala Francis Fukuyama: “El Estado que surge al final de la historia es hasta ahora liberal, puesto que reconoce y protege el derecho universal del hombre a la libertad mediante un sistema de leyes, y es democrático en la medida en que sólo existe con el consentimiento de los gobernados”. FUKUYAMA, Francis, “¿El fin de la historia?” en *Claves de Razón Práctica*, n°1, 1990, pp. 85-96. *Cit. pos.* JIMÉNEZ SÁNCHEZ, José J., “Democracia y Derechos Humanos” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 35 (2001), pp. 189-212, Universidad de Granada, España.

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.



Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

En primer lugar, se modifica la denominación del capítulo I de “De las garantías individuales” a “De los derechos humanos y sus garantías”, al respecto, ya hemos ahondado en el término “derechos humanos”, así que profundizaremos en el de “garantías individuales” de manera que podamos entender el concepto previo a la reforma:

El maestro Víctor M. Martínez Bullé-Goyri, hace una precisión terminológica: “Podemos señalar que las garantías individuales son aquellas destinadas a proteger los derechos fundamentales, que por supuesto tienen carácter constitucional en tanto que son parte del texto de la misma Constitución¹⁰³”.

En ese entonces (previo a la reforma) se precisaron los conceptos “Derechos Humanos” y “Garantías Individuales” ya que: “Mientras la garantía tiene como fin asegurar, proteger, los derechos fundamentales son

¹⁰³ MARTÍNEZ BULLE-GOYRI, Víctor M., “Las Garantías Individuales en la Constitución Mexicana de 1917” en *Estudios Jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1992, p.3.

aquellos que la garantía protege y asegura¹⁰⁴”, es decir, se considera que “las Garantías Individuales solo tutelan o protegen a los derechos contenidos en ellas, que no representan el universo de los derechos humanos¹⁰⁵”, al respecto, Ignacio Burgoa dice lo siguiente:

Los derechos del hombre se traducen sustancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad; son elementos propios o consubstanciales de su naturaleza como ser racional, independientemente de la posición jurídico-positiva en que pudiera estar colocado frente al Estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la consagración jurídico positiva de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y el Estado mismo¹⁰⁶.

Podemos ver entonces, que detrás de estos términos, se encuentra en realidad la vieja pugna entre iusnaturalismo y positivismo jurídico acerca del origen de los derechos del hombre, no obstante, hay que acotar esta opinión tomando en cuenta las palabras del maestro Alfonso Noriega Cantú:

“Los datos históricos y los antecedentes ideológicos de la Constitución nos obligan a desechar la idea de que sus autores respecto a la naturaleza de las garantías

¹⁰⁴ *Ibidem*, p.7.

¹⁰⁵ *Idem*, p.8.

¹⁰⁶ BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 23ª edición, editorial Porrúa, México, 1991, p. 188.

*individuales, obedecieran a la influencia del positivismo jurídico y menos aún del formalismo de Kelsen*¹⁰⁷”.

Al respecto, Víctor M. Martínez Bullé-Goyri concluye:

*“Nuestros constitucionalistas no quisieron entrar en la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo, y se limitaron a realizar lo que propiamente correspondía a la Constitución, en tanto derecho positivo, que era precisamente garantizar el goce de los derechos a los individuos, sin entrar en debate sobre su fundamento y naturaleza*¹⁰⁸*”.*

Y añade Jorge Carpizo: *“Nosotros sostenemos que la tesis que se encuentra en el artículo primero es la misma que se haya en todo el constitucionalismo mexicano: el hombre es persona jurídica por el hecho de existir, y como persona tiene una serie de derechos*¹⁰⁹*”.*

1. Iuspositivismo e iusnaturalismo, garantismo y neoconstitucionalismo.

En una primera impresión, podría parecer que hubo un triunfo por parte de la escuela positiva, si bien no respecto del origen de los derechos humanos, sí en cuanto al mecanismo de tutela de los mismos ya que “la aplicación

¹⁰⁷ NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Las ideologías políticas en las declaraciones de derechos de las Constituciones políticas de México (1814-1917)*, UNAM, México, 1983, p. 101.

¹⁰⁸ MARTÍNEZ Bullé-Goyri, Víctor M., *op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁹ CARPIZO, Jorge, “Derecho Constitucional II” en *Estudios Constitucionales*, 2a edición, UNAM-LGEM, 1983, p. 433.

restringida y formalista de las garantías las desvincula en la práctica judicial de los derechos humanos que tutelan¹¹⁰”.

Es necesario hacer notar que en la época reciente, la referida pugna entre iusnaturalismo e iuspositivismo ha sido reemplazada por una nueva, que si bien no tiene los extremos antagonistas de las anteriores, sí representa la punta de lanza en la historia reciente del derecho: la lucha que sostienen el garantismo y el neoconstitucionalismo.

Como lo refiere Armando Alfonzo Jiménez¹¹¹, el garantismo es una nueva corriente del constitucionalismo que coloca en el centro de su atención a los mecanismos, identificados como garantías¹¹², para hacer eficaces los derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli es el autor de esta teoría, y comenzó a explicarla a partir de la doctrina del derecho penal en su obra *Derecho y razón. Teoría del*

¹¹⁰ MARTÍNEZ Bullé-Goyri, Víctor M., *Idem*.

¹¹¹ ALFONZO Jiménez, Armando, *El Garantismo y sus perspectivas en México*, artículo publicado en *IUS Revista Jurídica* de la Universidad Latina de América, consultado en <http://www.unla.mx/iusunla19/reflexion/GARANTISMO.htm> el día 12 de abril de 2013.

¹¹² Para estos efectos, las “garantías” son los medios de tutela para asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales y para protegerlos ante el riesgo de su violación por parte de los poderes públicos.

garantismo penal, donde puntualiza claramente los alcances del garantismo:

“el garantismo, como técnica de limitación y de disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y lo que deben decidir, puede muy bien ser considerado el rasgo más característico (no formal, sino) estructural y sustancial de la democracia: las garantías tanto liberales como sociales, expresan en efecto los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del Estado, los intereses de los débiles respecto a los fuertes, la tutela de las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto de las de los de arriba”¹¹³”

Si bien, Ferrajoli parte desde la doctrina del derecho penal para explicar su teoría, la misma conforma una sólida teoría particular del derecho, misma que puede ser resumida en la siguiente frase: “...Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia”¹¹⁴.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 2a edición, editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 846.

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 54. También puede verse “Garantismo y poderes salvajes” en *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, número 15, 1a edición, 1a reimpresión, 2001, pp. 120-190., *cit. pos.* ALFONZO Jiménez, Armando, *op. cit.*, y consultado en

De acuerdo a Marina Gascón Abellán¹¹⁵, los rasgos fundamentales del garantismo son:

1. Desde la perspectiva del garantismo, el Estado es un mero instrumento y la dignidad personal la finalidad principal.
2. En el plano meta-jurídico, la tesis metodológica del garantismo significa la separación entre “ser” y “deber ser”, entre derecho y moral, así como entre derecho y justicia.
3. El modelo del derecho es normativo, es decir, el derecho es un sistema de límites y vínculos al poder político para la protección de los bienes e intereses que deban ser perseguidos.
4. Para el garantismo resulta relevante la distinción entre “ser” y “deber ser” en el derecho: la validez y la eficacia de las normas son categorías diferentes

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr13.pdf> el día 12 de abril de 2013.

¹¹⁵ GASCÓN Abellán, Marina, “La teoría general del garantismo: rasgos principales” en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, editorial Trotta en colaboración con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 2005, pp. 21-39, *cit. pos.* ALFONZO Jiménez, Armando, *op. cit.*, y consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr13.pdf> el día 12 de abril de 2013.

entre sí, al igual que son diversas de la vigencia o existencia. Lo anterior influye en el modelo de juez y jurista: el garantismo les exige una posición crítica frente a la ley con el objeto de evitar su eficacia precaria en el ordenamiento.

5. Desde el garantismo el modelo de la política significa, por un parte, que la legitimidad de la acción política se basará en la capacidad de concretar en la realidad los bienes y valores que, de acuerdo con el modelo normativo vigente, deban ser perseguidos y, por otra parte, la democracia no se reduce simplemente a lo electoral sino a sus contenidos¹¹⁶.

Susana Pozzolo¹¹⁷ es quien acuña el término “neoconstitucionalismo”, y lo utiliza para referirse a

¹¹⁶ En esta consideración, Marina Gascón Abellán parafrasea a Luis Prieto Sanchís, cito la obra de dicha referencia: PRIETO Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 105.

¹¹⁷ Cfr. POZZOLO, Susana, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, número 21, volumen II, Seminario de filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, Centro de estudios políticos y constitucionales, Alicante, 1998, pp.339-353, consultado en <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570>

autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky y, sólo en parte (aclara ella), Carlos S. Nino; y que comparten un modo de acercarse al derecho, mismo que la autora resume en los siguientes puntos:

1. Principios versus normas. Los neoconstitucionalistas opinan que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino de normas y principios. Los principios se diferencian de las normas por algunas características: la dimensión de peso o de importancia y la no aplicabilidad del llamado modo del “todo o nada”, según el cual son aplicables al caso concreto sólo prima facie. Distintas son las conceptualizaciones de estos estándares normativos, pero, en general, son vistos como valores morales positivizados. En general, esta tesis tiende a sugerir una interpretación de la constitución y la consiguiente argumentación, dirigida a extraer del texto constitucional normas y principios idóneos para regular directamente las controversias.

2. Ponderación versus subsunción. Los principios no serían interpretables/aplicables según el común método llamado “subsunción”, peculiar de las normas. Los principios necesitarían un método llamado ponderación¹¹⁸ o balanceo.
3. Constitución versus independencia del legislador. La constitución no tiene por objeto únicamente la distribución y la organización de los poderes, sino que presenta un contenido sustancial que

¹¹⁸ Hay que remitirnos a la obra de Ricardo Guastini: *Distinguendo* (cit. pos. POZZOLO, Susana, *Neoconstitucionalismo y... op. cit.*), para describir los tres pasos de la técnica de ponderación:

- a) en primer lugar, una operación interpretativa tendente a localizar los principios aplicables al caso concreto. Se presupone que los principios idóneos para regular el caso concreto son siempre más de uno y que se presentan siempre en una relación de antinomia parcial. Es decir, se presupone que ambos regulan el caso, pero que tales regulaciones son sólo parcialmente coincidentes;
- b) en segundo lugar, los principios así localizados son internamente sopesados para poder ponerlos en relación jerárquica, obviamente axiológica; el principio de mayor peso prevalece sobre el principio de menor peso;
- c) en tercer lugar, la jerarquía axiológica instaurada por el intérprete se caracteriza por no estar construida en abstracto, sino en concreto. O sea, se construye en relación al caso examinado y tiende, por tanto, a presentarse cambiante en el sentido de que dependerá de las características peculiares de cada caso específico. De este modo, el principio que prevalece en el caso examinado podrá sucesivamente ceder en el juicio de otro caso concreto. La relación axiológica, pues, se da cada vez para cada caso individual en base a los juicios de valor formulados por el juez individual.

condiciona la validez de las normas subconstitucionales, este “contenido sustancial condicionante” cumple una función muy parecida a la que previamente había desarrollado el derecho natural. Derecho natural, primero, derecho constitucional, ahora, derecho, en todo caso, que el legislador debe necesariamente considerar como una guía para la producción legislativa al que debe, por tanto, adecuarse y desarrollar. La ley, pues, cede el paso a la constitución y se convierte en un instrumento de mediación entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales.

4. Jueces versus libertad del legislador. La sustancialización de la constitución sitúa en primer plano la consideración de las exigencias de justicia sustancial que el caso concreto trae consigo. Por lo cual, si con anterioridad el juez interpretaba o aplicaba el derecho independientemente de la valoración del caso concreto, ahora el juez debe interpretar el derecho a la luz de las exigencias de justicia vehiculadas por el caso. La interpretación moral del caso incide, de este modo, en la

interpretación de las palabras del derecho. Debido a este peculiar papel asumido por el juez, éste tiende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico; es decir, al juez, supuesta la presencia de los principios, el consiguiente abandono del método de la subsunción, la penetración general del texto constitucional, se le encarga un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales, lo que llevará a la interpretación creativa de la jurisprudencia.

Hoy en día, es innegable que el reconocimiento expreso de los Derechos Humanos que se hace en la reforma constitucional tiene una especial trascendencia en el ámbito jurídico mexicano, ya que implica que detrás de la norma fundamental del Estado, existe un deber moral de reconocimiento a los derechos de las personas (neoconstitucionalismo), y un deber estatal en cuanto a crear y fortalecer los medios para hacerlos asequibles a los ciudadanos (garantismo).

2. La relación entre el artículo 1º y el 133º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para dejar claro el por qué la reforma implica una revolución del paradigma constitucional, hay que explicar a detalle los conceptos que cambian, ya que es muy fácil confundirlos con el modelo anterior, y esto puede dar lugar a confusiones que a la larga pueden significar el éxito o el fracaso de este hito en la historia constitucional mexicana.

Esta precisión tiene qué ver con la inclusión de los tratados internacionales en materia de derechos humanos como parte de la norma fundamental del Estado mexicano, de acuerdo a la Ley Sobre la Celebración de Tratados¹¹⁹, se entiende por “tratado”:

Artículo 2o.- Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

I.- “Tratado”: el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación requiera o

¹¹⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1992 y consultada aquí: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/216.pdf> el 12 de abril de 2013.

no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.

De conformidad con la fracción I del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados deberán ser aprobados por el Senado y serán Ley Suprema de toda la Unión cuando estén de acuerdo con la misma, en los términos del artículo 133 de la propia Constitución.

Y que tomando en cuenta lo que dice el artículo 133 constitucional:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Nuestra postura radica en que el artículo 1º constitucional se debe aplicar a los Tratados Internacionales que contienen Derechos Humanos, ya que esta cualidad (la de contener Derechos Humanos) es la que los distingue del resto, y hace posible esta clasificación distintiva, de tal suerte que si un tratado internacional no contiene Derechos Humanos en su articulado, no será materia de este primer artículo, y se guiará por lo dispuesto en el

artículo 133 de la Constitución y por la concepción teórica “clásica” de jerarquía normativa.

3. Principio de interpretación conforme y principio pro persona.

Ahora, de un análisis del segundo párrafo del artículo 1^o¹²⁰, nos percatamos de que se introducen los dos grandes criterios orientadores en materia de derechos humanos: la interpretación conforme¹²¹, y el principio “pro persona”.

¹²⁰ Que dice:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

¹²¹ También conocida como “control de convencionalidad”. *vid*, CASTILLA Juárez, Karlos A., *La interpretación Conforme a tratados de derechos humanos. Una mirada a la experiencia española para el futuro de México*, Participación como becario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, de conformidad con el Acuerdo General de Administración V/2006 del Comité de Publicaciones y Promoción Educativa de dicho tribunal, trabajo consultado en http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/145/Becarios_145.pdf, consultado el 12 de abril de 2013, . p.23.

Respecto del principio de interpretación conforme, Rosa María de la Torre Torres¹²², argumenta que desde el Dictamen aprobado por el Senado, se justifica la inclusión del principio de interpretación conforme con el argumento de que resulta el más adecuado para llevar a cabo una armonización del derecho doméstico con las disposiciones internacionales, ya que permite una aplicación del ordenamiento internacional con el objeto de llenar las lagunas existentes, sin que esto signifique, en ningún momento, la derogación o desaplicación de una norma interna. Fix Zamudio¹²³ afirma que, *la interpretación conforme es un instrumento que se aplica constantemente por tribunales, cortes y salas constitucionales aun cuando esta aplicación no sea consciente por parte de dichos juzgadores*¹²⁴. Ello muestra que no es indispensable un reconocimiento expreso en la ley o en la Constitución para poder aplicar la citada técnica.

Al principio pro persona, lo entendemos de la siguiente manera: frente a una variedad normativa aplicable a un

¹²² DE LA TORRE Torres, Rosa María, *El nuevo paradigma de los derechos en México. El control de convencionalidad*, ponencia presentada al V Congreso nacional de derecho constitucional, México, D.F., octubre de 2012, p.10.

¹²³ *Vid* DE LA TORRE Torres, Rosa María, *op. cit.*, nota 8.

¹²⁴ Las negritas son nuestras.

caso concreto, se debe decidir por aquella que sea más favorable a la persona, es decir, aquella que brinde una protección más amplia, ya sea que se encuentre en la Constitución o en un Tratado Internacional.

Al respecto, Jesús Soriano Flores y Manuel Vidaurri Aréchiga¹²⁵ comentan:

El criterio de interpretación al que alude la Reforma, es el que teóricamente se conoce como “principio pro persona o pro homine”, y cuya incorporación en la Constitución estimamos es sumamente afortunada, pues establece categóricamente “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los Derechos Humanos en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos”.

Coincidimos con José Luis Caballero Ochoa, cuando indica que esta aplicación más favorable a las personas, tiene una clave de lectura, no precisamente jerárquica, pues “el sentido clásico de la jerarquización tiene por objeto evitar conflictos normativos, pero no integra ni expande, como es propio de las normas sobre Derechos Humanos”⁴, de esta manera, “la cláusula de interpretación conforme, es más compatible con los criterios de interpretación en Derechos Humanos, como los que se han venido desarrollando en la práctica del Estado Constitucional contemporáneo”.

Por lo anterior, estamos convencidos de que esta es una de las adiciones más afortunadas de la Reforma.

¹²⁵ SORIANO Flores, Jesús y VIDAURRI Aréchiga, Manuel, *op. cit.*, pp.3-4.

En este tema, la SCJN se ha pronunciado en el siguiente sentido:

TESIS JURISPRUDENCIAL 107/2012 (10ª).

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable —en materia de derechos humanos—, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o.

constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquélla que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

Facultad de atracción 135/2011. Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. 19 de octubre de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo 28/2010. *****. 23 de noviembre de 2011. Mayoría cuatro de votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 2357/2010. *****. 7 de diciembre de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Mario Gerardo Avante Juárez.

Amparo directo en revisión 772/2012. *****. 4 de julio de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia.

Amparo directo 8/2012. *****. 4 de julio de 2012. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

LICENCIADO HERIBERTO PÉREZ REYES, SECRETARIO DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, C E R T I F I C A: Que el rubro y texto de la anterior tesis jurisprudencial fueron aprobados por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión privada de tres de octubre de dos mil doce. México, Distrito Federal, cuatro de octubre de dos mil doce. Doy fe.

“En términos de lo previsto en los artículos 3, fracción II y 20, fracción VI de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en esta versión Pública se suprimen los datos personales.”

MSN/jelb.

4. Seguridad jurídica y bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, lo que hay que tener perfectamente claro, es que la ampliación del cuerpo normativo que hace esta reforma, no implica una afectación a la seguridad jurídica¹²⁶

¹²⁶ Contendida en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

ni implica que se hagan interpretaciones no armonizadas que a fin de cuentas impidan aplicar la reforma de manera real.

La seguridad jurídica en primera instancia y como principio de legalidad, se lesiona cuando una disposición es ambigua y vaga, cuando no establece claramente la conducta por la que pueden limitarse derechos, siendo incierta o imprecisa. Ésta no se afecta con un principio que obliga a las autoridades a maximizar derechos y resolver sobre el que da mayor protección, se fortalece al asegurar que en cualquier caso, se resolverá en favor de las personas; pero además, la seguridad jurídica como paradigma ha sido sustituida (en el contexto de la reforma), al posicionar a los derechos humanos como el núcleo fundamental de la Constitución, realizando un verdadero giro copernicano en el sistema democrático y en el constitucional.

Rosa María de la Torre Torres¹²⁷ considera importante destacar que: el bloque de convencionalidad se integra no solamente con los tratados internacionales, las declaraciones, protocolos, adendums, sino también con las opiniones consultivas, las resoluciones jurisdiccionales y las directivas de los órganos internacionales¹²⁸.

¹²⁷ DE LA TORRE Torres, Rosa María, *op. cit.*, p.5.

¹²⁸ Y en un atisbo de influencia neoconstitucionalista de clara influencia Dworkiana, más adelante agrega: ... [Y por] *aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes y de los*

Por lo tanto, las decisiones de los jueces (no solamente federales, sino internacionales y locales) irá construyendo el nuevo paradigma de la incorporación real, efectiva y directa del derecho internacional de los derechos humanos en México.

5. El caso Radilla Pacheco y el control de convencionalidad.

En México, la sentencia Radilla-Pacheco¹²⁹ fue un parteaguas en el sistema jurídico mexicano, fenómeno que fue acentuado por la reforma constitucional de 2011, y que, de acuerdo a lo propuesto por el ministro José Ramón Cossío Díaz¹³⁰, abarcó tres aspectos distintos a los que hay que atender:

1. En primer lugar, la obligación de todos los juzgadores del país de verificar que las leyes que

actos de autoridad, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Idem, p. 7.

¹²⁹ No es tema de esta tesis el detallar el origen del caso, no obstante es obligatorio referirlo en este tema por los alcances que tuvo la sentencia, abundan los artículos al respecto, pero para un relato detallado y sucinto, nosotros nos basamos en: *Crónicas del Pleno y de las Salas, Caso Radilla Pacheco*, Sesiones del 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2012. Visto en: <http://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Sinopsis%20Pleno/TP-140711-MBLR-912.pdf> enlace consultado el 12 de abril de 2013.

¹³⁰ *Crónicas del Pleno y de las Salas, Caso Radilla Pacheco*, Sesiones del 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2012, p. 5.

- aplican se ajustan a la Constitución federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos;
2. En segundo lugar, la obligación de realizar el control difuso confrontando las normas de Derecho interno contra la Constitución y la CIDH, tomando en cuenta la interpretación realizada por la Corte Interamericana;
 3. Y en tercer lugar, la posibilidad para los jueces de todo el Estado mexicano de dejar de aplicar al caso concreto las normas que resulten contrarias a la Constitución o los tratados internacionales.

Es importante recalcar la importancia control de convencionalidad ex officio, destacándose que “el control de convencionalidad está acorde con el espíritu y la letra del artículo 1º constitucional y en consecuencia dicho control se debe realizar por todos los jueces del Estado Mexicano de acuerdo a la propia Constitución, no declarando de manera general la inconstitucionalidad de leyes, sino desaplicando al caso concreto aquella norma que es contraria a nuestra Carta Magna o a los tratados internacionales de derechos humanos¹³¹”.

¹³¹ *Idem.*

Rosa María De la Torre Torres resume así la metodología propuesta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹³² para hacer el control de convencionalidad:

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que el control de convencionalidad presupone tres pasos:

a) realizar la interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

b) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces, al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.”

¹³² En particular por el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

En el tema de control de convencionalidad la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado con la siguiente tesis jurisprudencial:

TESIS JURISPRUDENCIAL 18/2012 (10ª)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1º constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer

declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Contradicción de tesis 259/2011. Entre las sustentadas por el Primer y Segundo Tribunales Colegiados, ambos del Trigésimo Circuito. 30 de noviembre de 2011. Mayoría de tres votos. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Jesús Antonio Sepúlveda Castro.

LICENCIADO HERIBERTO PÉREZ REYES, SECRETARIO DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, C E R T I F I C A: Que el rubro y texto de la anterior tesis jurisprudencial fueron aprobados por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de fecha dieciocho de enero de dos mil doce. México, Distrito Federal, diecinueve de enero de dos mil doce. Doy fe.

MSN/lgm.

Con esto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pone una limitante al ejercicio del control de convencionalidad derivado del principio de interpretación conforme, y de paso, despeja las dudas (o al menos eso pretende) respecto del actuar de los jueces nacionales en materia de constitucionalidad, restringiendo el actuar (que no la esfera

de derechos humanos) de dichos jueces a la inaplicación de aquellas normas que éstos consideren no son conformes a la Constitución o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Concluyo este capítulo con esta reflexión:

El artículo 1º Constitucional no define ni delimita los derechos humanos (ni su contenido, ni sus contornos), más bien, funciona como una brújula (de contenido moral), que permite orientar las acciones del Estado mexicano (a través de los poderes públicos en sus respectivas esferas de acción) hacia los fines propios de una democracia constitucional contemporánea.

La discusión y el debate son fundamentales para sociedades que aspiran a ser democracias constitucionales, y dichas democracias se caracterizan por la pluralidad de minorías que hay en su interior y por el respeto a sus derechos, no obstante, sería una falacia y un error, el pensar en los derechos humanos como un instrumento para implementar una “dictadura de las minorías”, dejando de lado la soberanía popular, es decir, el querer implementar una “dictadura de los derechos humanos”.

Dicho en otras palabras, los derechos humanos no son absolutos ni ilimitados, de tal manera que en los casos jurídicos concretos en que exista un conflicto entre derechos, o mejor dicho “entre las pretensiones de las

partes que enfrentadas en un litigio, invoca cada uno un derecho humano diferente, como basamento o justificación de su pretensión o de su interés¹³³”, dichos conflictos deberán resolverse “ponderando las concretas circunstancias que definen el caso que se intenta resolver¹³⁴”, esto no significa limitar el derecho humano desde fuera (y por ende, limitar la esfera de derechos de un grupo social), más bien, significa una labor de definición de los contornos de un derecho humano, determinando su contenido esencial, que no es otra cosa que “mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional; es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable¹³⁵”.

¹³³ Material recopilado por el autor durante la serie de conferencias impartidas por el Mtro. Luis Alberto Estrella Ortega en el marco de la “*Actualización en la reforma constitucional en materia de derechos humanos, organizado por la Procuraduría de Derechos Humanos del Estado de Guanajuato para los Defensores Públicos en materia penal de la Secretaría de Gobierno del Estado de Guanajuato*”, en la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato, noviembre de 2012.

¹³⁴ *Idem*.

¹³⁵ *Idem*.

Conclusiones.

La imprecisión con la que se abordan los derechos humanos en la reforma al artículo 1º constitucional es necesaria, y en nuestra opinión es algo deliberado, puesto que les permite moverse en ambos planos: el filosófico-político y el jurídico; el limitarlos o definirlos (categóricamente) sería algo incorrecto e incongruente con el espíritu de la reforma, ya que si lo que se busca es ampliar el horizonte de derechos, elaborar un catálogo de ellos sería restringirlos.

Tenemos la certeza de que los derechos humanos tienen una doble naturaleza, son tanto una referencia de contenido moral para el actuar de un gobierno, como un horizonte de derechos para los ciudadanos del mismo.

Al gozar de esta dinámica, los derechos humanos cumplen con dos tareas al mismo tiempo:

1. Servir como garantías de protección y de tutela del Estado para con los gobernados, apuntalando la legitimidad del gobierno lo mismo frente a la

comunidad internacional como frente a sus propios ciudadanos.

2. Actuar como límites al poder.

En este cambio total de referencias en el sistema constitucional, localizamos a los derechos humanos en su núcleo y reconocemos a la dignidad humana como fuente de ellos, esto no representa un triunfo (o un nuevo) iusnaturalismo, más bien, da cuenta de que tanto el iusnaturalismo como el iuspositivismo, son insuficientes para explicar el modelo constitucional actual, he ahí la razón de acudir a perspectivas teóricas distintas que nos permitan ver más allá del texto constitucional; explicamos: desde un punto de vista garantista percibimos a los derechos humanos como una especie de “brújula moral”, y al Estado como el responsable de perseguir la realización de dichos derechos, ya que éste será calificado por los ciudadanos como “garantista” o como “inoperante” en la medida en que pueda hacer efectivos dichos derechos; y desde el punto de vista del neoconstitucionalismo, es más sencillo comprender el nuevo modelo normativo de la Constitución, así como la especial relevancia de la labor del juez en el ejercicio del control de convencionalidad al

esgrimir y aplicar los principios de interpretación conforme y pro persona.

Hechas estas precisiones, podemos entonces, concebir la actividad de los poderes públicos (respecto de los derechos humanos) de la siguiente manera:

1. Poder legislativo: tutela los derechos humanos a través de la publicación de leyes que los regulen al interior del Estado (Ley de Amparo, por ejemplo) y revisa que exista orden y congruencia en el bloque de constitucionalidad.
2. Poder ejecutivo: los derechos humanos son el núcleo en torno al cual deben de concebirse y aplicarse las políticas públicas.
3. Poder judicial: en su carácter de tribunal constitucional, conceptualiza los valores sociales en los derechos humanos, dibujando así el contorno de los derechos en el sistema jurídico mexicano; y en su carácter de máximo órgano jurisdiccional, homogeniza criterios por medio de la ponderación y la argumentación de los casos que lleguen a su conocimiento, contando con el principio pro

persona y el principio de interpretación conforme, como principales instrumentos para este fin.

En realidad la reforma al artículo 1º constitucional no trata de derechos humanos *per se*, trata más bien, de un cambio en el fundamento de la Constitución, que antes otorgaba los derechos, ahora los reconoce, pero no los define; corresponde a los poderes públicos establecer los medios para hacerlos efectivos (y definir su contenido), y esto necesariamente significará ponderar derechos y elaborar construcciones argumentativas partiendo del bloque de constitucionalidad.

Respondemos a la pregunta: ¿los derechos humanos son determinables?, desde tres vertientes:

1. Desde un punto de vista filosófico, los derechos humanos son universales, innegables progresivos e irrenunciables, independientemente de la teoría que se adopte, existe un consenso en que su fuente es la dignidad humana.
2. Desde un punto de vista político los derechos humanos son el fundamento más importante del

Estado, es por ellos que justifica su existencia frente a otros Estados y frente a sus gobernados.

3. Desde un punto de vista jurídico, los derechos humanos son el conjunto de derechos que antes de la reforma eran conocidos como “garantías”, mas aquellos que sean determinados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en razón de su actuar como máximo órgano del Poder Judicial mexicano, y como último intérprete constitucional. Es en este reconocimiento de lo que son los derechos humanos por parte del sistema jurídico donde encontramos la (tan ansiada) seguridad jurídica.

Respecto de este último punto, hay que aclarar que si bien, las determinaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tienen la tendencia de perpetuarse en el tiempo, no son eternas, la sociedad cambia, y con ella el derecho (y la concepción de lo que es el derecho).

A manera de colofón, consideramos que la gran tarea del siglo XXI en el derecho mexicano parece resumirse en una premisa muy simple: desarrollar el tema de derechos humanos académica, jurídica y políticamente; entre más sepamos que son (y que no son) los derechos humanos,

mejor podremos enfrentar el reto de consolidar un sistema jurídico congruente con nuestro tiempo, y efectivo en la realidad social.

Bibliografía.

Libros

BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, traducción de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 23ª edición, editorial Porrúa, México, 1991.

CARPIZO, Jorge, “Derecho Constitucional II” en *Estudios Constitucionales*, 2a edición, UNAM-LGEM, 1983.

CASSIN, René, “El problema de la realización efectiva de los Derechos Humanos en la sociedad universal”, Traducción del licenciado Héctor Cuadra, en *Veinte años de evolución de los Derechos Humanos* Seminario Internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1974.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Guastavino, editorial Ariel, Barcelona, 1984.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 2a edición, editorial Trotta, Madrid, 1997.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, editorial Trotta, Madrid, 1999.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, introducción y traducción de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1988.

KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. E. García Máynez, México, UNAM, 1995 (1944).

LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, leído en <http://www.politicas.unam.mx/sae/portalestudiantil/politica-administracion/teoria-filosofia/pdf/EnsayoLocke.pdf> enlace consultado el 12 de abril de 2013.

NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Las ideologías políticas en las declaraciones de derechos de las Constituciones políticas de México (1814-1917)*, UNAM, México, 1983.

PECES-BARBA, Gregorio, *Derecho y derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción de Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, 1993.

RECASÉNS SICHÉS, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 1970.

ROBLES, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, Civitas, 1992.

TRUEBA OLIVARES, Eugenio, *Guía Temática de Filosofía del Derecho*, México, Universidad de Guanajuato, 3ra edición, 2009.

VÁZQUEZ, Luis Daniel, y SERRANO, Sandra, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011.

VERDROSS, Alfred, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental –Visión panorámica de sus fundamentos y principales*

problemas-, traducción castellana de Mario de la Cueva, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México, 1962.

Artículos.

ADAME Goddard, Jorge, *Naturaleza, persona y derechos humanos*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 21., México, UNAM, 1996,

ALFONZO Jiménez, Armando, *El Garantismo y sus perspectivas en México*, artículo publicado en *IUS Revista Jurídica* de la Universidad Latina de América, consultado en <http://www.unla.mx/iusunla19/reflexion/GARANTISM> O.htm el día 12 de abril de 2013.

BOBBIO, Norberto, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 1, enero de 1981, p. 16. Leído en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/art/art7.htm> , consultado el 12 de abril de 2013.

DE VEGA García, Pedro, *La eficacia horizontal del juicio de amparo: el problema de la Drittwirkung der Grundrechte*, en *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los Derechos Humanos en Iberoamérica*, México, UNAM, 1992.

GONZÁLEZ Uribe, Héctor, “Fundamentación filosófica de los derechos humanos. ¿Personalismo o transpersonalismo?”, *Revista de Filosofía ULA*, México, Universidad Iberoamericana, nums. 47-48, mayo-diciembre 1983.

HABERMAS, Jürgen, “El Concepto de Dignidad Humana y Utopía Realista de los Derechos Humanos” en *Revista de Filosofía Diánoia*, volumen LV, número 64, mayo de 2010, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM.

JIMÉNEZ Sánchez, José J., “Democracia y Derechos Humanos” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 35, Universidad de Granada, España, 2001.

MARTÍNEZ BULLE-GOYRI, Víctor M., “Las Garantías Individuales en la Constitución Mexicana de 1917” en *Estudios Jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1992.

POZZOLO, Susana, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, en *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, número 21, volumen II, Seminario de filosofía del

derecho de la Universidad de Alicante, Centro de estudios políticos y constitucionales, Alicante, 1998.

SORIANO Flores, Jesús y VIDAURRI Aréchiga, Manuel, *El sistema ombudsman en México: especial referencia a la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, artículo enviado para su publicación en *Revista de la defensoría del pueblo de Buenos Aires*, México, 2012.

SORIANO Flores, Jesús, y VIDAURRI Aréchiga, Manuel, “Derechos Humanos: Conceptos y Fundamentos”, en *Investigaciones Jurídicas*, N.79 (julio-diciembre de 2005), Facultad de Derecho y Administración Pública de la Universidad de Guanajuato, México, 2005, p.121.

SORIANO Flores, Jesús, y VIDAURRI Aréchiga, Manuel, *Reforma Constitucional de 2011 en materia de derechos humanos en México: 10 temas fundamentales*, artículo por publicarse en la *Revista Española de Derecho Penal*, Agosto de 2012.

Sitios de internet

www.oas.org

www.cidh.org

www.corteidh.or.cr

www.un.org

www.unhchr.ch

www.ohchr.org

www2.ohchr.org

<http://biblio.juridicas.unam.mx>

<http://dof.gob.mx/>

www.diputados.gob.mx¹

Otros

CASTILLA Juárez, Karlos A., *La interpretación Conforme a tratados de derechos humanos. Una mirada a la experiencia española para el futuro de México*, Participación como becario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, de conformidad con el Acuerdo General de Administración V/2006 del Comité de Publicaciones y Promoción Educativa de dicho tribunal, trabajo consultado en

http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/145/Becarios_145.pdf, consultado el 12 de abril de 2013.

Crónicas del Pleno y de las Salas, Caso Radilla Pacheco, Sesiones del 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2012. Visto en: <http://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Sinopsis%20Pleno/TP-140711-MBLR-912.pdf> enlace consultado el 12 de abril de 2013.

DE LA TORRE Torres, Rosa María, *El nuevo paradigma de los derechos en México. El control de convencionalidad*, ponencia presentada al V Congreso nacional de derecho constitucional, México, D.F., octubre de 2012.

Enciclopedia Jurídica Mexicana, editorial Porrúa, UNAM, Tomo III D-E, México, 2002.

Material recopilado por el autor durante la serie de conferencias impartidas por el Mtro. Luis Alberto Estrella Ortega en el marco de la “*Actualización en la reforma constitucional en materia de derechos humanos, organizado por la Procuraduría de Derechos Humanos del Estado de Guanajuato para los Defensores Públicos en materia penal de la Secretaría de Gobierno*”

del Estado de Guanajuato”, en la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato, noviembre de 2012.