



---

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**  
**FACULTAD DE DERECHO**

“CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS:  
RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:  
JOSÉ LUIS BELMONT LUGO

ASESOR DE TESIS: DR. HÉCTOR MOISÉS FIX-ZAMUDIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, FEBRERO DE 2015





Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"  
FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y  
DE AMPARO

Cd. Universitaria, D.F., 6 de enero de 2015.

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ**  
**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN**  
**ESCOLAR DE LA U.N.A.M.**  
**P R E S E N T E.**

Por este conducto, me permito comunicar a usted, que el pasante **BELMONT LUGO JOSÉ LUIS**, con número de cuenta 09620103-3 bajo la supervisión de este Seminario, elaboró la tesis intitulada "**CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS: RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**", realizada con la asesoría del profesor **Dr. Héctor Moisés Fix y Zamudio**.

Con fundamento en los artículos 8° fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor. En consecuencia, se autoriza su presentación al Jurado respectivo.

*"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"*

**A T E N T A M E N T E**  
**"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"**  
**DIRECTOR DEL SEMINARIO**

**LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI**

\*mpm.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades,  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, México, D.F.

México, D. F., 1° de agosto de 2014

Sr. Lic. Edmundo Elías Musi  
Director del Seminario de Derecho  
Constitucional y Amparo de la  
Facultad de Derecho de la UNAM  
Presente

Estimado Sr. Director:

En mi calidad de tutor-director del trabajo de tesis de licenciatura del pasante *José Luis Belmont Lugo*, informo a Ud. que ha concluido muy satisfactoriamente la redacción de su investigación intitulada *Constitución y Derechos Humanos: restricciones a la libertad de expresión*.

En lo personal, considero que dicho trabajo recepcional con una extensión de 300 páginas es el resultado de una cuidadosa y profunda investigación sobre un tema de gran actualidad en el amplio campo de la tutela de la protección nacional e internacional de los derechos humanos. El estudio cumple adecuadamente los lineamientos para un trabajo de esta naturaleza, tanto desde el punto de vista formal como de fondo, así como en la documentación y bibliografía.

El trabajo está dividido en cuatro capítulos. El *primero* de los cuales es de carácter introductorio con el título de *Perspectivas de la Constitución*, en un apretado resumen, el sustentante afirma que la Constitución es un elemento común de las sociedades contemporáneas en la diversidad, es decir, la heterogeneidad uno-uno de la vida de los Estados, lo que en su concepto significa que los propios Estados tienen un elemento común. Por otra parte, los pactos de derechos humanos y la Declaración Universal son la expresión del derecho público en la mitad del siglo XX, y nacieron de elementos de derecho público común.



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades,  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, México, D.F.

Afirma el autor de la tesis que las líneas maestras del constitucionalismo contemporáneo incluyen en sus conceptos básicos: la técnica del poder y la técnica de la libertad. Por tanto, en las constituciones de nuestro tiempo ha logrado preeminencia la llamada “Constitución Abierta”, como un texto que se transforma y se adapta a una sociedad plural, como una expresión del pluralismo expresado en el texto fundamental.

Finalmente, en este sector, la Constitución debe considerarse como una expresión jurídica de lo ético y lo común compartido que por la humanidad, que se sustenta en un pacto (*pactum communitatis*) como uno de cuyos elementos básicos se apoya en la consagración de los derechos humanos y su protección.

*El capítulo segundo tiene como contenido el fenómeno de nuestro tiempo sobre la constitucionalización del derecho internacional y la internacionalización de las constituciones, así como la formación contemporánea del concepto de los derechos humanos.* El autor estima que la existencia de conceptos que designan cada una de las partes que integran el mundo, han permanecido presentes a lo largo de la historia del pensamiento, y esas nociones se han denominado “universales” (en realidad mundiales), identificadas como esencias o las cosas mismas, y que aplicadas al derecho, dichas categorías se encuentran presentes en la mayoría de los órdenes jurídicos en diferentes épocas, y expresan valores comunes de las sociedades que han adquirido generalidad, lo que implica una presencia constante tanto en las comunidades humanas como en sus concepciones jurídicas.

Los derechos humanos deben considerarse como universales (mundiales) en las comunidades sociales, pero adquieren diversas significaciones para su aseguramiento; lo que significa que la Constitución y los derechos humanos son conceptos jurídicos que se han extendido mundialmente, de manera que cada sociedad políticamente organizada encuentra en estas dos nociones, los parámetros para realizar sus objetivos comunes, a pesar de la diversidad de formas de entender el mundo. Estas nociones reconocen y se encuentran sus posibles límites de esa diversidad con el objeto de encontrar su lugar en cada sociedad, al situar a la Constitución como parte integrante en la vida de los individuos.

La vivencia de la Constitución se identifica con la de los derechos humanos, que son un elemento imprescindible y por lo mismo, ha existido una expansión lingüística y en unión a la tecnología han contribuido a establecer mecanismos de



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades,  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, México, D.F.

difusión; pero además, han existido los hechos o procesos sociales de transformación, particularmente reflejados en procesos históricos de transformación como ocurrió en el siglo XVIII con la proclamación de la independencia de los Estados Unidos y la Revolución Francesa, que tienen su apoyo en una reivindicación popular por el respeto a esos derechos.

En ese contexto, el proceso llamado de internacionalización de las constituciones debe entenderse como una consecuencia de la previa constitucionalización del derecho internacional, como proceso del desarrollo histórico del derecho constitucional; el primero consiste en la presencia cada vez más frecuente en las cartas fundamentales de los Estados, de elementos creados en el ámbito de las relaciones con otros Estados, y que implican el establecimiento en el orden interno de los llamados *derechos de fuente internacional*.

La constitucionalización del derecho internacional es un fenómeno jurídico que ocurre a principios del siglo XX en el período de las entreguerras, gracias a los esfuerzos de Boris Mirkin Guetzévitch, Aulard y Ernesto Hamburger, quienes analizaron las constituciones de su época desde el punto comparativo, especialmente en la materia de las declaraciones de derechos humanos, de vista fundamentalmente su labor se expresó en el primer el *Anuario de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1946*, todo lo cual culminó con la llamada *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, expedida el 10 de diciembre de 1948. En esa dirección, la Organización de las Naciones Unidas para la Ciencia y la Cultura (UNESCO) tuvo un papel destacado al realizar esfuerzos para explicar los alcances de derechos humanos de la citada Declaración Universal, y contó con la especial colaboración de Boris Mirkin Guetzévitch, quien colaboró con los integrantes de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

El *tercer capítulo* de la investigación de José Luis Belmont, se intitula *Elementos para una idea de los derechos humanos*. Este capítulo es uno de los que abordan las cuestiones de mayor trascendencia de la tesis. Se inicia con algunos de los enfoques sobre los derechos humanos, al principio se describe el *contenido de un enfoque histórico*, que analiza el nivel historiográfico cronológico y se apoya en los siguientes presupuestos: 1. la historia como proceso y la historiografía como su documentación cronológica centrada en su narración; 2. la objetividad en la creación histórica, tomando en cuenta la historia como conocimiento, que presupone también objetividad; 3. también, vinculado con la objetividad, el estudio histórico pues



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades,  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, México, D.F.

comprende ontológico al caracterizar los acontecimientos no exclusivamente a partir de un orden cronológico, sino como *devenir y construcción del porvenir*, con apoyo en la historiografía; y 4) se debe tomar en cuenta la responsabilidad ética del historiador (donde se influye al historiador del derecho).

En un sentido cronológico, se pueden reconocer como antecedentes de los derechos humanos: 1) *Remotos* entre los cuales pueden citarse de estos derechos las siguientes: la Proclamación de Ciro el Grande (Cilindro de Ciro); 2) *Medievales*, no europeos (El Pacto de los Virtuosos, Hilf al Fudul) y Carta del Mandén, proclamada en Kurakán Fuga (hoy frontera de Guinea y Mali) por Sounjata Keita, soberano y fundador del Imperio de Mali; 3. *Medievales europeos*: Carta de Juan Sin Tierra de 1215 y los antecedentes forales: Navarra, Aragón, Cataluña y Valencia, así como las Cartas de Población; 3. *Modernos*: Petición de Derechos (1628), el Cuerpo de Libertades de la Bahía de Masachussetts (1641), y Declaración de Derechos (inglesa de 1689), el Acta de Hábeas Corpus (1679); los procesos revolucionarios y declaraciones de derechos de Virginia (1776), y Francesa 1789), y las constituciones de los siglos XVIII y XIX; 5. Las declaraciones de derechos en las constituciones contemporáneas y el proceso de la Declaración calificada de Universal; los procesos de los pactos de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales; el derecho de los refugiados y derecho humanitario (constitucionalización del derecho internacional); 6. La formación de los sistemas regionales de protección (Europa, América y África); la especialización y diversificación material de los tratados, tanto como la producción de precedentes y normas de *soft law* en los sistemas regionales y de las Naciones Unidas; se podrían incluir además, los estándares surgidos de la sociedad civil, con el reconocimiento por alguna instancia como la mencionada organización, y por último, el reconocimiento de los derechos humanos como un *derecho común*.

A partir de algunos enfoques se proponen los siguientes conceptos de los derechos humanos: a) *teleológico* de acuerdo con el cual se entienden como aquellas condiciones objetivas de posibilidad para una vida feliz, tanto los individuos como sus respectivas colectividades; b) *sistemático jurídico*: los derechos subjetivos de la máxima jerarquía en el ámbito interno e internacionales oponibles al Estado, las corporaciones y organismos públicos, privados e individuos, los que se encuentran dotados de progresividad y accesibilidad; y c) *filosófico-político*, de acuerdo con el cual los derechos humanos son considerados como un conjunto de expresiones



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades,  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, México, D.F.

normativas del concepto de lo humano, con validez en el orden interno e internacional, con pretensión de un universalidad y eficiencia.

*El capítulo cuarto y último, aborda con la misma profundidad el tema particular de la investigación relativo a *derechos humanos de la libertad de expresión*. Éste es considerado como un derecho fundamental con carácter ambivalente, ya que comprende por una parte, la facultad de manifestar o exteriorizar las ideas, opiniones o preferencias mediante cualquier medio a su alcance, o de manera inversa, el derecho a no expresarse, guardar reserva. En segundo término, dicho derecho asume una forma instrumental como un medio o factor para que se exterioricen otros derechos o libertades, entre estas últimas, la de creencias, de cátedra, de empresa, entre otras, con un sustrato interior o íntimo y personal, las cuales regularmente implican una práctica de carácter público o social para su ejercicio, por lo que en resumen, puede afirmarse que la libertad de expresión constituye la expresión de la libertad.*

La libertad de expresión se integra por una parte, por la *libertad de expresión en sentido estricto y el acceso a la información (o derecho a la información)*, donde actualmente se considera como un derecho subyacente al derecho a la verdad, como una expresión vinculada al contexto de la transición a la democracia. Desde el punto de vista histórico, este derecho a la libertad de expresión tiene sus primeros lineamientos en las Constituciones de Virginia y Pensylvania, ambos de 1776, durante la guerra de independencia de los Estados Unidos, y posteriormente en el más elaborado en el artículo XI de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en todos estos preceptos con elementos comunes, como el derecho de hablar, escribir y publicar libremente, pero con la obligación de la responsabilidad por el abuso en el ejercicio de dicha libertad. En nuestro país, a partir de la Independencia y hasta 1857, pueden señalarse doce antecedentes importantes de la libertad de expresión, que en ocasiones se han confundido con la libertad de imprenta. En esos textos históricos se establecieron entre los límites a dicho derecho: los ataques a la religión, la perturbación de la paz pública, la moral, los derechos de otras personas, la vida privada y el honor, así como la incitación al delito.

Desde el punto de vista genérico, los límites constitucionales del derecho humano a la libertad de expresión se regulan tanto en los ámbitos interno como externo, por lo que si bien el derecho debe contemplarse como una unidad, es





INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades,  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, México, D.F.

preciso para efectos de su conocimiento separar los dos ámbitos. La manifestación de este derecho puede encontrarse en las declaraciones de derechos del siglo XVIII y las contemporáneas, por medio de sus normas, interpretaciones de los derechos y precedentes jurisprudenciales, a los que deben agregarse los estándares establecidos por los intérpretes especializados, como es el caso del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Expresión y Opinión, y también debe utilizarse el método comparativo como uno de estos instrumentos conceptuales que apoyan el análisis de los textos actualmente vigentes, y más aun con posterioridad a las reformas de 2011.

El derecho de la libertad de expresión y opinión está contenido particularmente en el artículo 6° constitucional, pero se encuentra estrechamente vinculado con las disposiciones de los artículos 7° y 8°, pero también con el primero, en su dimensión sustantiva, así como en relación con las disposiciones de los artículos 105 y 107, en referencia con los 133 y 29. Sin embargo, a pesar de las modificaciones recientes el citado artículo 6° de nuestra Carta Fundamental, conserva su esencia original enunciado como limitaciones a la libre manifestación de las ideas, los ataques a la moral, la vida privada, derechos de terceros, provocación de un delito, perturbación del orden público; los cuales corresponden a los límites generales establecidos por el artículo 7° constitucional sobre la libertad de difundir opiniones, información o ideas, todo ello de acuerdo con el párrafo segundo de dicho precepto en el sentido de que ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura ni coartar la libertad de difusión que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del mencionado artículo 6° de la Carta Fundamental.

Además, para analizar estos límites a la libertad de expresión debe tomarse en cuenta la Ley de Transparencia y Acceso a la Información y Protección de Datos, para solicitar información a las autoridades sobre las actividades que tienen encomendadas, facultad que tiene las limitaciones establecidas por la Constitución y los tratados internacionales en los que es parte el Estado Mexicano, incorporados a la Carta Fundamental a nivel constitucional de acuerdo con lo establecido por el artículo primero de la Carta Fundamental, de acuerdo con la mencionada reforma de 2011.

Por otra parte y en relación con dichos límites, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado los requisitos que se deben cumplir para regular y



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades,  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, México, D.F.

restringir legítimamente los derechos y libertad establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que se refieren a la legalidad, la finalidad, la necesidad de la medida en una sociedad democrática, así como la proporcionalidad de las limitaciones; respecto a esta última, para poder invocarse se requiere la existencia de un interés público imperativo y la elección de un medio idóneo para la restricción, así como el interés que se justifique y la adecuación del resultado del fin legítimo invocado.

Del muy breve resumen de los lineamientos generales del trabajo recepcional que se comenta, puede llegarse a la conclusión de que refleja una cuidadosa investigación del tema de la tesis e implicó dedicación en el examen de la compleja materia que se analiza, además de una amplia documentación en que se apoya, con muy buenos resultados y meditadas consideraciones.

Por todo lo anterior, estimo que el Seminario a su cargo cuenta con los elementos necesarios para examinar y en su caso, aprobar el trabajo recepcional y, de considerarlo oportuno, sea tan gentil de girar sus apreciables instrucciones a fin de que puedan iniciar los trámites necesarios que permitan la realización del examen profesional de licenciatura del sustentante, a quien extendiendo una felicitación por su dedicación y la calidad de su investigación.

Aprovecho la presente oportunidad para enviarle un cordial y afectuoso saludo.

Héctor Fix-Zamudio

Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones  
Jurídicas y del Sistema Nacional de Investigadores

*Dedicatorias que son mis agradecimientos*

A todas y todos a quienes se ha negado la posibilidad de expresarse

Al pueblo de México que dedica cada día una parte de su esfuerzo para que la Universidad brinde a sus hijos la posibilidad de ser libres, felices y mejores seres humanos

A la UNAM, mi Casa

Al Colegio de Ciencias y Humanidades y su Plantel Sur, a la Facultad de Derecho, al Instituto de Investigaciones Jurídicas, al Centro de Enseñanza de Lenguas Extranjeras, la Facultad de Filosofía, y a la Defensoría de los Derechos Universitarios

Al pueblo palestino, a sus niñas, niños, mujeres y hombres a quienes se ha privado el ejercicio de sus derechos humanos

A Dios

A mi mamá Hilda Margarita Lugo Hernández y mi papá José Cándido Belmont Luna por su amor, sus enseñanzas, su ejemplo, su paciencia y ser mis referentes de honestidad, integridad, esfuerzo, responsabilidad, y de quienes solo he conocido la libertad

A mi amor Joseline, quien es para mí como la libertad a los derechos humanos

A Pablo, Irene, Ulises, Alfredo, Cynthia, Madhú, Alejandro y Ricardo

A César, por su amistad

A don Aurelio, por su gran apoyo su apoyo

A la señora Lourdes Villa Solano

A Fabián

A mis maestros del Instituto, con admiración, respeto, cariño, los doctores Héctor Fix-Zamudio y Jorge Ulises Carmona Tinoco, quienes me honran con su amistad y me brindan cada día la oportunidad de aprender con su ejemplo, su experiencia, de la vida y del Derecho

A Eva, a doña Evangelina y Rafa, a con cariño y amistad

A mis amigos Carlos Eduardo, Edmundo e Israel

A mis maestros Gustavo Cabello, Marcelino Flores Altamirano, Conchita, Roberto, Victoria, Fabiola, Jorge Reygadas, Cristina, Elda Trejo, Gil y Augusto

A todos mis profesores del CCH, en particular a Jaime Flores Suaste, Carmen Rodríguez, Nancy Miravete Novelo, Pedro Rubí, Salvador Díaz

A todos los profesores de la Facultad de Derecho, con especial referencia y cariño para Alberto F. Senior, María de la Luz González González, Juan José Mateos, Ernesto Gutiérrez y González, Alfredo Sánchez Alvarado, Francisco Venegas Trejo, Griselda Amuchategui, Samuel Arreola y Óscar Alvarado

A don Niceto Alcalá-Zamora, a Luis Recaséns Siches, a Eduardo García Máynez y al Dr. Francisco Larroyo

A todos los profesores de la Facultad de Filosofía y Letras, con especial mención para Mariana Zamfir, Enrique Hülsz, Arturo González Yáñez, María García Torres Cruz, María de la Luz Montiel, Ana María Martínez de la Escalera y Paulina Rivero

A mis maestros del Cele, Tomás Serrano, Alejandro Robledo, Fabiola Montufar, José Luis López Habib, Chaled, Laura Velasco, Juan Carlos Lartigue, Arturo Varela, Adriana Haro, Mary Madrid y Paul

A Boris Mirkine Guetzévitch, Hans Kelsen, Carl Loewenstein, Norberto Bobbio, Gustavo Radbruch, Karel Vasak, Werner Jaeger, Donald Cameron Rowat, John D. Bernal, Heinz Dieterich y Erik Hobsbawm

A Mahmoud Darwish, Naguib Mahfuz, Thomas Mann, Herman Testch y Robert David Kaplan

ونحن نحب الحياة إذا طرقت عن الإله سبي .

Y nosotros amamos la vida, cuando hallamos un camino hacia ella.

M. Darwish

## *Introducción*

El presente trabajo es una aproximación a dos conceptos capitales del pensamiento jurídico: la Constitución y los derechos humanos. Intenta acercarse a esos conceptos y referirse al desarrollo de los alcances y limitaciones de esos derechos, para lo cual, se ha tomado como derecho tipo a la libertad de expresión. El trabajo se encuentra dividido en cuatro capítulos. En un primer acercamiento, nos referimos a las ideas de algunos pensadores en torno al concepto de Constitución, el elemento común de las sociedades políticamente organizadas. Las Constituciones son expresión viva de la diversidad de lo humano y desde la antigüedad, puede reconocerse el desarrollo de una especie de “constitucionalismo primigenio”; no obstante, a partir del siglo XVIII y principalmente en el siglo XX, el concepto de Constitución que conocemos se hace presente, y al lado de la función de orden, se localizan como parte fundamental de ella a los derechos del hombre. De modo que, la vivencia de los derechos humanos significa la vivencia de ésta.

El segundo capítulo explica el proceso de *constitucionalización del derecho internacional*, el cual se entiende como una noción necesaria para comprender la idea contemporánea de los derechos humanos; dicho proceso (histórico) se sustenta en la expansión mundial (universal) de la noción de Constitución y de las declaraciones de derechos. Existe una idea predominante: la *internacionalización de la Constitución*, ésta se entiende como la influencia hacia el interior, ejercida por los ordenamientos originados mediante la celebración de tratados y la emisión de otros documentos internacionales, como pueden ser algunas resoluciones internacionales. Desde nuestra perspectiva, esta *internacionalización de las constituciones o de la idea de Constitución*, es consecuencia de un proceso previo: la *constitucionalización del derecho internacional*. Dicho proceso se enfoca en el desenvolvimiento del concepto de los derechos humanos, entendidos como la expresión del lenguaje común de la humanidad. La expansión mundial de la Constitución y los derechos humanos, expresa su universalidad. Debe mencionarse que las nociones de

función de orden y técnica de la libertad atribuidas a la Constitución, fueron abordadas desde principios del siglo XX, en la propuesta *neoconstitucionalista racional* de Boris Mirkine-Guetzévitch, y se trata de un pensamiento que se mantiene vigente; es una propuesta constitucional que antecede a las nociones desarrolladas en años recientes y que tomaron esa denominación. La labor de Mirkine-Guetzévitch es importante pues impactó grandemente el trabajo de la Organización de las Naciones Unidas en el desarrollo de la Carta Internacional de los Derechos Humanos, particularmente la Declaración Universal y los pactos que se han generado en esa materia.

El capítulo tercero desarrolla algunas perspectivas sobre los derechos humanos. El primer enfoque que se explica es el histórico, el cual se apoya en la noción de la historia como proceso; además, dentro de esta perspectiva, se enuncian cronológicamente los precedentes más sobresalientes de esos derechos, abarcando los antecedentes remotos, medievales, modernos y contemporáneos. El segundo enfoque abordado es el filosófico, en el cual se intenta un acercamiento a la noción de fundamento de los derechos, haciendo mención de algunos aspectos de una de las corrientes fundamentales en el entendimiento de estos derechos: el iusnaturalismo. También, se expresan algunas ideas en torno a la dignidad humana, la cual ha sido vinculada con el paulatino desenvolvimiento de estos derechos y de su fundamento. Adelante, se hace referencia a la perspectiva sistemática-jurídica, donde se considera a estos derechos como derechos subjetivos a los que se reconoce la máxima jerarquía del ordenamiento, y se reconoce su carácter progresivo; se propone que accesibilidad debe ser una de las características elementales de estos derechos; por otro lado, se plantea un acercamiento interdisciplinario a los mismos, y se hacen algunas acotaciones sobre la importancia de estos derechos en materia de defensa de la Constitución.

El capítulo cuarto es un estudio sobre la extensión del derecho humano a la libertad de expresión. En esta sección, se describen algunos de sus alcances y limitaciones, lo que se conoce en la



doctrina como restricciones legítimas a los derechos; asimismo, se citan referencias doctrinales e históricas de este derecho que tiene dos aspectos elementales: la libertad de expresión en un sentido estricto y el acceso a la información, donde actualmente se puede hablar de un subyacente derecho a la verdad. Por otro lado, se estudian los alcances constitucionales de la libertad de expresión, que se expresan en los artículos 6°, 7° y 8°, en relación con los preceptos 1° y 29, en referencia al 133; además, se hace mención del derecho internacional de los derechos humanos o los derechos humanos de origen internacional, como son la Convención Americana en su artículo 13, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 19, en ambos casos, referidos a la libertad de expresión. Otro aspecto que se aborda es la labor del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales.

Asimismo, se nombran las características que deben cumplir las restricciones a los derechos, las cuales se expresan en la jurisprudencia de la SCJN y en diversos casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y son: 1) la *legalidad de la medida restrictiva*, 2) la *finalidad de la medida restrictiva*, 3) la *necesidad de la medida* en una sociedad democrática, y 4) la proporcionalidad de la medida restrictiva. Esta última comprende los siguientes aspectos: a) la *existencia de una necesidad social imperiosa*, es decir, la elección del medio idóneo para la restricción, b) la *proporcionalidad respecto del interés que se justifica* y c) la *adecuación al logro del fin legítimo*.

Finalmente, se hace mención de los estándares que en torno a este derecho se han desarrollado a nivel internacional, algunos de los cuales han sido desarrollados por especialistas, integrantes de organismos especializados, sectores académicos y miembros la sociedad civil. Dichos estándares no sustituirán a los textos constitucionales, sin embargo, pueden ser criterios o directrices útiles en la interpretación y entendimiento y búsqueda de una protección más amplia a las personas y sus derechos humanos.

## Índice

### *Capítulo primero. Perspectivas sobre la Constitución*

I. Organización política y Constitución.....	21
A) Adecuación del sentimiento constitucional: Comunidad y la idea de Constitución.....	22
B) Aportaciones del constitucionalismo antiguo.....	29
II. Aproximaciones a la noción de Constitución.....	36
A) Realismo político-constitucional de Lassalle.....	36
B) Jorge Jellinek y la Constitución como el principio de orden del Estado.....	37
C) Rudolf Smend: Constitución como integración.....	40
D) Hans Kelsen y la Constitución como fundamento de validez y jerarquía del ordenamiento.....	43
E) Carl Schmitt y su sistemática constitucional.....	44
F) Hermann Heller: Constitución y la normatividad extraída de la normalidad.....	48
G) Karl Loewenstein y el <i>telos</i> de la Constitución.....	51
III. Perspectivas comparativas.....	52
A) Biscaretti di Ruffia. Cuatro sentidos de la Constitución.....	53
B) Fix-Zamudio y Valencia Carmona. Líneas maestras del constitucionalismo.....	55
IV. Perspectiva personal: la Constitución de la comunidad.....	57
A) Expresión jurídica de lo político.....	59
B) ¿La vigencia de la idea de un pacto?.....	60
Conclusiones.....	65

### *Capítulo Segundo. Constitucionalización del derecho internacional e internacionalización de las constituciones y la formación contemporánea del concepto de derechos humanos*

I. Derechos humanos y Constitución ¿universales (jurídicos)?, o la dificultad de una concepción unitaria. ....	68
A) La Constitución transnacional a partir de su contenido en derechos humanos.....	78
B) Diversidad y universalidad de los derechos humanos.....	83
C) Diálogo en derechos humanos: hacia un derecho común.....	85
II. Constitucionalización del derecho internacional e internacionalización de las constituciones.....	94
III. La declaración de derechos como ejemplo de internacionalización constitucional.....	97
A). Expansión constitucional mundial (universal).....	99
B) Antecedentes inmediatos de la Declaración Americana.....	102
C) El camino hacia la Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	106
D) La publicación de un Anuario de Derechos Humanos que incluyera los textos	

constitucionales sobre derechos humanos vigentes hasta el 31 de diciembre de 1946.....	114
E) Los pactos internacionales sobre derechos humanos.....	122
Conclusiones.....	128

*Capítulo tercero. Elementos para una idea de los derechos humanos*

I. Algunos enfoques sobre los derechos humanos.....	134
A) El contenido de un enfoque histórico.....	135
i. Clasificación de los acontecimientos constitucional e históricamente significativos.....	139
ii. ¿Una historiografía de los derechos humanos?.....	143
iii. Cronología de los derechos humanos y sus antecedentes positivos.....	144
B) El contenido de un enfoque filosófico/ideológico.....	146
i. Ideas sobre el fundamento de los derechos humanos.....	148
ii. Ideas sobre el derecho natural.....	150
iii. Aproximación al concepto de dignidad humana.....	158
iv. La mención de la dignidad en el derecho constitucional.....	161
C) Claves de un enfoque sistemático jurídico.....	165
D) Líneas para un enfoque multi e interdisciplinario.....	169
II. Epistemología y derechos humanos.....	173
A) ¿Los derechos humanos son una disciplina científica autónoma?.....	175
i. Líneas para un método de enseñanza de los derechos humanos.....	179
ii. Propuesta de clasificación de las normas de derechos humanos.....	181
iii. Aproximaciones al concepto de derechos humanos.....	182
III. El papel fundamental de los derechos humanos en materia de defensa de la Constitución: la idea del control convencional.....	183
A) La interpretación constitucional y las circunstancias de una especie de “control de convencionalidad”.....	193
B) Circunstancias y explicación de una especie de “control de convencionalidad”.....	195
C) El papel de la contradicción de Tesis 293/2011.....	199
Conclusiones.....	205

*Capítulo Cuarto. El derecho humano a la libertad de expresión y sus restricciones*

I. Acercamiento a la libertad de expresión.....	214
A) Las ideas principales sobre el contenido de la libertad de expresión.....	216
B) El pensamiento y la expresión.....	218
C) Referencias doctrinales sobre la libertad de expresión.....	228
II. La libertad de expresión y sus limitaciones.....	229
A) La actualidad de los primeros trazos: limitaciones en la Declaración francesa.....	231
B) Antecedentes en planes y textos constitucionales de México.....	235
C) Extensión y límites constitucionales contemporáneos.....	237
i. El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos	

Personales, IFAI.....	245
ii. La suspensión y restricción de derechos en el art. 29 constitucional (estado de excepción).....	247
iii. Restricción constitucional a la información para promoción personal.....	248
iv. El criterio de proporcionalidad.....	248
v. El amplio parámetro interpretativo de la Ley Federal de Transparencia.....	249
vi. La limitación al acceso a la información impuesta como reserva y confidencialidad legales.....	251
D) Mención de los ámbitos recogidos en las leyes, en relación con la libertad de expresión.....	252
III. Restricciones a la libertad de expresión en el derecho de fuente externa.....	254
A) Las restricciones a los derechos de acuerdo con algunos criterios del Comité de Derechos Humanos de ONU.....	257
B) Obligaciones del Estado.....	259
C) Limitaciones a los derechos de acuerdo con la práctica latinoamericana.....	264
i. La Opinión Consultiva OC-6/86 y el sentido del concepto “ley”.....	266
ii. La Opinión Consultiva OC-5/85 sobre la legalidad formal y material.....	271
iii. Algunos rasgos de la jurisprudencia interamericana sobre libertad de expresión...	272
iv. Otros estándares en materia de libertad de expresión y acceso a la información...	290
a. Limitaciones en la Declaración de principios sobre libertad de expresión.....	291
b. Limitaciones a los derechos en los Principios de Lima.....	291
v. Algunos estándares provenientes de la sociedad civil elaborados con la participación de académicos y funcionarios internacionales.....	292
a. Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información.....	292
b. Declaración de Atlanta y Plan de Acción para el Derecho de acceso a la información.....	293
c. Principios de Camden sobre la libertad de expresión y la igualdad.....	294
d. Principios de Tshwane sobre Seguridad Nacional y Derecho a la Información.....	294
Conclusiones.....	296
Conclusiones Generales.....	303
Bibliografía .....	307



## **Capítulo primero. Perspectivas sobre la Constitución**

SUMARIO: I. *Organización política y Constitución.* A) *Adecuación del sentimiento constitucional: Comunidad y la idea de Constitución.* B) *Aportaciones del constitucionalismo antiguo.* II. *Aproximaciones a la noción de Constitución.* A) *Realismo político-constitucional de Lassalle.* B) *Jorge Jellinek y la Constitución como el principio de orden del Estado.* C) *Rudolf Smend: Constitución como integración.* D) *Hans Kelsen y la Constitución como fundamento de validez y jerarquía del ordenamiento.* E) *Carl Schmitt y su sistemática constitucional.* F) *Hermann Heller: Constitución y la normatividad extraída de la normalidad.* G) *Karl Loewenstein y el telos de la constitución.* III. *Perspectivas comparativas.* A) *Biscaretti di Ruffia. Cuatro sentidos de la Constitución.* B) *Fix-Zamudio y Valencia Carmona. Líneas maestras del constitucionalismo.* IV. *Perspectiva personal: la Constitución de la comunidad.* A) *Expresión jurídica de lo político.* B) *¿La vigencia de la idea de un pacto? Conclusiones.*

### **I. Organización política y Constitución**

Uno de los conceptos más importantes, tanto en el estudio del Derecho como de diversas ciencias que tienen a las sociedades o a una sección de ellas como objeto de estudio, es el de *Constitución*, la cual fundamenta la validez de todo el ordenamiento jurídico, o mejor dicho, fundamenta la validez de cada ordenamiento jurídico. Las acepciones del concepto de Constitución son diversas, puede entenderse ésta como un grupo de leyes con un objeto especializado de regulación y un valor o jerarquía superior con respecto a las demás integrantes del orden jurídico; o bien, puede tener la forma unitaria de un ordenamiento integral y caracterizado por su procedimiento dificultado o especial de reforma; o desde el punto de vista de sus alcances, ya sea expresada como un ordenamiento de una significación categórica e indubitable, e ir acompañada con las interpretaciones que permiten su adecuado entendimiento; o bien, la Constitución puede ser entendida como la expresión de ciertos usos o costumbres.<sup>1</sup>

Una noción permanente en el pensamiento constitucional de la humanidad es por un lado, la idea de orden a que alude la Constitución, y por otro, que ese documento fundamental recoge y representa los valores de cada comunidad políticamente organizada; es por ello que se reconoce como el documento jurídico-político que caracteriza a todo conglomerado humano. Lo que significa que el estudio de los medios para lograr y mantener ese orden llamado *Constitución*, supone las ideas sobre la organización política; en otras palabras, la organización de cada sociedad humana políticamente configurada supone la

---

<sup>1</sup> Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en Carpizo, J., Fix-Zamudio, H., *et al* (colab.), *La interpretación Constitucional*, México, UNAM-IIIJ, 1975, p. 17. Donde se mencionan, además de los aspectos señalados (forma estructura lógica y contenido) de la Constitución, el que enunciara el tratadista argentino Segundo Linares Quintana en su *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1958, tomo II, p. 412 y ss, como el resultado de contener los valores supremos y la organización de los poderes supremos, es decir, su "fundamentabilidad".

existencia de un orden primario que indique los aspectos fundamentales de su vida, ese ordenamiento básico presente en cada comunidad ha recibido el nombre de Constitución, mientras que una sociedad o un pueblo políticamente organizado se denomina Estado.

La Constitución es un proyecto permanente, al igual que lo es la comunidad donde se actualiza. Las colectividades prevén el mantenimiento de ese orden en muy diversos instrumentos que forman parte de la propia Constitución, sus instrumentos de protección, mantenimiento y eficacia normativa.

Además de su innegable carácter político, es posible advertir un eminente sentido ético en la Constitución, el cual radica en varios elementos: en primer término, en su carácter de expresión política máxima, donde política asume un sentido ético de correspondencia y sitio donde convergen las voluntades; de modo que, la voluntad es producto de la libertad y la Constitución es un producto de esa decisión libre, la Constitución se identifica con el mundo deseado por la colectividad; en segundo término, derivado del anterior, se incluyen ella diversos valores sociales que se expresan en forma de normas.

Para lograr el objetivo de que la Constitución sea además de un instrumento jurídico, una realidad vivida, es preciso tener una idea sobre la misma que nos aproxime su complejidad; en esa empresa, la doctrina asume un papel imprescindible, por ese motivo, se mencionan los planteamientos de algunos tratadistas acerca del *texto fundamental* y su extensión.

#### **A) Adecuación del sentimiento constitucional: Comunidad y la idea de Constitución**

Los ordenamientos constitucionales son resultado y reflejo de la conciencia histórica de un pueblo, sintetizan el pasado y dan las pautas sobre del porvenir. La conciencia de sí de un pueblo considera la existencia de “cierta unidad” de creencias y valores, y la comunidad de intereses, principios e historia. En otros términos, la existencia de “cierta homogeneidad” cultural (cultura en su acepción más amplia) conlleva una idea de pertenencia o idea del mundo que se comparte. Aunque pareciera una idea muy cercana al concepto de nación, debe tenerse presente que el ideal un Estado- un pueblo-una nación, forma parte del imaginario de pensamientos nacionalistas y permanece en ese nivel, en el de la idea, que es a donde pertenece, pues no se conoce un ejemplo de esa unicidad, ni aún en los Estados con un reducida densidad poblacional.<sup>2</sup> Los ejemplos recientes por

---

<sup>2</sup> No es posible identificar un ejemplo de unidad o unicidad, ni aún a partir de la separación de las antiguas colonias europeas de sus metrópolis, cuando emergieron Estados que tienen una breve extensión territorial y una reducida densidad poblacional, los llamados microestados, donde se incluyen Estados de Europa como el Vaticano, Mónaco o Andorra y algunos Estados insulares de Oceanía. Los microestados tienen características particulares, por ejemplo, algunos cuentan con Constitución, otros carecen de ella; unos

implantar esa unicidad han dado como resultado el nacimiento del fenómeno de la balcanización de algunas regiones del mundo, se trata de un desmembramiento estatal violento como el ocurrido en la Antigua Yugoslavia en la década de los 90.

Actualmente, una de las características más fácilmente perceptibles de los Estados–nacionales o más propiamente Estados, es la diversidad; sus manifestaciones se expresan en una multiplicidad de pensamientos, lenguas, orígenes, concepciones del mundo, creencias e incluso, de sistemas normativos (*ad intra*). En esa diversidad de expresiones de lo humano existe una idea permanente, una realidad general, si se desea, una unidad, la unidad de lo humano que se expresa en dos elementos básicos: la Constitución y los derechos humanos.

La presencia de la diversidad al interior de los Estados significa la ruptura del concepto de nación que se identificaba con la unicidad o singularidad: una nación-un Estado. La idea de nación es un elemento presente en la historia de los pueblos a la que se puede atribuir una explicación sociológica, más que jurídica, esa noción se utilizó en momentos marcados por acontecimientos violentos o bien

---

mantienen vínculos con su “ex” metrópoli, o algunos tienen instituciones independientes (soberanas), a pesar de la influencia cultural de otras entidades estatales. Resulta complicado caracterizar a los microestados o hacer grandes generalizaciones sobre ellos, cada uno presenta una situación propia, por ejemplo, algunos tienen un índice de desarrollo alto, como el caso del Principado de Liechtenstein, cuya Constitución se adoptó el 5 de octubre de 1921, sustituida por otro documento del 26 de octubre de 1993, Liechtenstein ocupa el sitio número 24 en el *Informe sobre Desarrollo Humano 2013. El Ascenso del Sur: Progreso humano en un mundo diverso*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2013, disponible en línea en [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2013\\_es\\_complete.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2013_es_complete.pdf), consulta del 02 de febrero de 2014. Por otra parte, la República Parlamentaria de Tuvalu se ubica inclusive fuera de esa escala; ese país adoptó su constitución el 15 de septiembre de 1986, entrando en vigor el 1 de octubre de ese año; puede mencionarse el caso de Guinea Bissau, cuyo texto Básico entró en vigor el 16 de mayo de 1984 y ocupa el lugar 176 en el referido informe. Una simple ojeada a esos datos nos muestra la complejidad de encontrar algún rastro de homogeneidad entre los Estados con dimensiones territoriales reducidas. Véase, para la fecha de adopción de los textos constitucionales: *Oxford Constituciones del Mundo*, en <http://oxcon.ouplaw.com/search?pageSize=10&prd=OCW&q=tuvalu&sort=relevance>; consulta del 02 de febrero de 2014.

Un hecho es notorio, la mayoría de los microestados se originaron en el proceso de descolonización (reconocimiento de independencia de las colonias Europeas por las metrópolis) y son localizados entre los llamados del “Tercer Mundo”. En su estudio sobre las *formas de estado*, Paolo Biscaretti di Ruffia considera que existen diferencias objetivas socio-económicas que repercuten sobre las estructuras constitucionales recibidas de los Estados colonizadores que produjeron modificaciones y deformaciones de las instituciones jurídicas heredadas de las potencias. Las diferencias objetivas consisten en una ausencia de cohesión nacional (necesaria para hacer surgir en los ciudadanos el “sentimiento del Estado” y graves condiciones de desarrollo económico, lo que significa gran desigualdad en el ingreso (como se expresa en el informe citado) ver: Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, 1975, pp. 72-74. Las afirmaciones del autor italiano tienen gran actualidad, la única diferencia sustancial es la denominación que reciben dichos estados: países o economías emergentes, por países en vías de desarrollo, un concepto jurídico-económico, ver: Cruz Miramontes, Rodolfo, “Alcance jurídico del concepto económico de país en vías de desarrollo”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 23, 1994, pp. 59-68.



cuando se precisó de la convergencia de intereses de la población, por ejemplo: después de un fenómeno bélico, ante la independencia de un territorio. Como se adelantó, esa ruptura es necesaria por lo insostenible y ajeno a la realidad del mundo y lo artificial de esa relación uno-uno, Estado-nación, ante la incontenible diversidad de lo humano. El fenómeno de la diversidad cultural, lingüística y de sistemas normativos derivados del sustrato cultural etc., también se enmarca y expresa en las constituciones, pues se requiere que adquieran permanencia, presencia histórica, respeto, obligatoriedad jurídica y continuidad.<sup>3</sup> Es decir, el punto de encuentro entre las diversidades “nacionales” y “culturales” ocurre precisamente y de manera imprescindible en la Constitución de un Estado. Las heterogeneidades del ser humano se acercarán y confluirán a partir de aquellas nociones que sean compartidas; se trata de una búsqueda por los lugares comunes o sitios de encuentro o de igualdad en que concurren esos acercamientos, los sitios donde se encuentran las diversidades en lo que les es común, son los derechos del hombre. Como se sabe, durante el siglo XX en nuestro país, esa nomenclatura se igualó al de garantías individuales, y recientemente, fue restaurada su denominación al nivel del ordenamiento constitucional mexicano como derechos humanos.<sup>4</sup> Para el estudio actual del concepto de Constitución son importantes las consideraciones sobre la diversidad porque no es mediante la promoción de una unidad, la cual desconozca la heterogeneidad de lo humano e imposibilite el surgimiento de una unidad de pensamiento o conciencia, que puede entenderse mejor el mundo, sino a través de una unidad de conciencia y voluntad identificada como un sentimiento sobre los derechos humanos.

El aforismo donde hay sociedad hay derecho, *ubi societas, ubi ius*, sirve como referente para considerar la evolución del pensamiento acerca de la Constitución. Adecuado al mundo contemporáneo, ese aforismo merecería ser expresado como *ubi societas ubi iura hominum*, sintetizando la idea de que los derechos humanos constituyen la “medida del mundo”, o al menos, uno de los más generalizados elementos conceptuales del derecho que sirven para entender y explicar la realidad jurídica en el siglo XXI. De manera análoga puede reinterpretarse el

---

<sup>3</sup>Max Weber, señala desde el enfoque sociológico: “La ‘nación’ es un concepto que, si se considera unívoco, no puede ser definido de acuerdo con las cualidades empíricas que le son atribuidas. (...) se trata de un concepto que pertenece a la esfera estimativa. (...) En la terminología habitual, la ‘nación’ no es idéntica al ‘pueblo de un Estado’ <Staatsvolk>, es decir, al hecho de la pertenencia a una comunidad política. Pues numerosas “comunidades políticas” <como por ejemplo Austria> comprenden grupos humanos que subrayan decididamente la independencia de su ‘nación’ frente a otros grupos, o abarcan partes de una agrupación humana caracterizada por sus componentes como una ‘nación’ única <así también, Austria>”, Weber, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2a reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1974, tomo II, p. 679.

<sup>4</sup> Véase *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio de 2010.

sentimiento constitucional (*Verfassungsgefühl*) de Karl Loewenstein<sup>5</sup>, en el hoy que se incluiría legítimamente a los derechos humanos. El sentimiento constitucional contemporáneo tiene implícita la *idea de comunidad* que llevará a la consolidación de un *sentimiento de los derechos humanos los cuales forman parte de Constitución: un Menschenrechtesgefühl*.<sup>6</sup>

El sentimiento de los derechos humanos es la evolución del sentimiento constitucional, un mismo sentimiento; sin embargo, si quiere entenderse separadamente, ambas expresiones son las manifestaciones básicas del pensamiento constitucional del siglo XXI, el cual se encuentra en búsqueda o reencuentro del concepto de derecho público.<sup>7</sup>

En su mayoría, las actuales líneas del pensamiento constitucional no reflejan los avances en el pensamiento de algunos publicistas, cuyas obras aparecidas a inicios del siglo XX; los sistemas de pensamiento constitucional, se cerraron sobre sí mismos y omitieron los grandes esfuerzos realizados a principios del siglo de los cuales hablaremos adelante. Debemos tener presente el hecho notable de que el pensamiento jurídico internacional tomó las exploraciones constitucionales y desarrollaría a partir de ellos uno de los textos más importantes de la historia, la Declaración Universal y más tarde, los pactos de derechos humanos, esos textos jurídicos se nutrieron del pensamiento y constitucionales procedentes del “mundo entero”<sup>8</sup> y constituyen por tanto, una viva expresión del derecho público.

Tal concepción acerca de la unidad del derecho público se apoya en la evolución histórica, desde esa posición se mira a la historia como proceso que no se limita a

---

<sup>5</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1964, p. 199 (El título original de la obra es: *Poder político y proceso gubernamental*)

<sup>6</sup> Esos derechos, debe tenerse presente, tienen un doble aspecto o ámbitos: el interno y el internacional (el que a su vez puede ser regional (derivado de las uniones que existen entre los Estados, e internacional llamado universal).

<sup>7</sup> Vale decir que entre los temas centrales del pensamiento constitucional de principios del siglo XXI se encuentra la noción del derecho público y la formación del ciudadano, allí se crea la noción de identidad constitucional (una identidad europea), al respecto, ver: Bogdandy, Armin Von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM-IJ, 2011, p. 309 y ss. En esa línea del pensamiento constitucional europeo se desenvuelve la noción de un derecho público común (*Ius commune publicum*), la cual atravesó el Atlántico y en América (Latina, al menos), se habla de la formación de un derecho público común, principalmente apoyado en algunos elementos: a) en el contenido de las normas sobre derechos humanos y en algunos principios relativos a esos derechos; b) en la jurisprudencia o precedentes sobre esa materia, de la que hay una transmisión, intercambio y retroalimentación jurisprudencial, y c) en la doctrina de los publicistas.

<sup>8</sup> Aulard, Alfonso y Mirkine-Guetzévitch, Boris, *Les déclarations des droits de l'homme. Textes constitutionnels concernant les droits de l'homme et les garanties des libertés individuelles dans tous les pays*, París, Payot, 1929. Este texto fue el germen del primer anuario de derechos humanos elaborado por la en ciernes, Comisión de Derechos Humanos dependiente de Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, elaborado en 1947 bajo el título de *Yearbook on human rights for 1946*, Nueva York, 1947, texto preparado y editado principalmente por el profesor Boris Mirkine Guetzévitch con la colaboración de Ernesto Hamburger.

un país, tiene continuidad, en el que tanto el derecho interno como el derecho internacional son expresiones de una conciencia jurídica, como afirmara el monismo del Boris Mirkine-Guetzévitch: “Puesto que el Derecho es una parte de la Evolución histórica, puesto que el Derecho interno y el internacional son en igual grado expresiones de la conciencia jurídica, nada permite separar artificialmente el desarrollo de estas formas del orden jurídico interno e internacional. El derecho público es uno y supone el reflejo de la conciencia jurídica de una época dada. El Derecho público interno y el Derecho público internacional son producto de un mismo medio histórico”<sup>9</sup> Añade el profesor ruso-francés, acerca de su postura unitaria sobre el derecho público, para diferenciarla de la postura kelseniana que descansa en la supremacía del orden internacional que tiene como corolario una norma (fundamental) hipotética que: “por el contrario, *nuestro principio de la unidad del Derecho público, descansa sobre la unidad de la conciencia jurídica y sobre la unidad de la evolución histórica.*”<sup>10</sup>

A lo largo de la historia, cada comunidad humana determina la forma de organizarse, y lo hace mediante la creación de instituciones, decidiendo cuáles materias conforman las pautas que seguirán las actividades esas instituciones y de los individuos. Entre las instituciones más importantes se encuentra la propia organización política: el Estado. Será a través de la Constitución como orden primario, que se delimitarán los ámbitos para su actividad, y en los que debe mantenerse al margen y delimitar su intervención la entidad estatal. En otros términos, el instrumento para la limitación y extensión de la libertad, lo constituye la Constitución.<sup>11</sup>

La comunidad también se determina mediante sus preceptos normativos. En ellos también se establece la forma, alcances y requisitos de su intervención en la vida de los individuos. Esos controles y límites deben hacerse extensivos a los individuos en lo particular, y alcanzar de la misma manera, a las relaciones que se generan entre entidades no estatales, de lo contrario, resultaría difícil pensar en una comunidad humana políticamente organizada en la que los entes no estatales desconozcan o actúen fuera o ajenos a límites y que fuese el Estado el único obligado a cumplir con los preceptos que elabora la comunidad, aunque esa sea una tarea primaria de las entidades estatales.<sup>12</sup> En nuestro concepto, el individuo

---

<sup>9</sup> Mirkine-Guetzévitch, Boris, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, trad. Sabino Álvarez Gendín, Madrid, Reus, 1934, p. 53.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>11</sup> Ley Fundamental, Norma básica, Norma de normas, Norma suprema, Código supremo, son algunas de sus designaciones más frecuentes.

<sup>12</sup> Empero, en ninguna medida señalamos que dicha limitación a la interferencia estatal por ejemplo, deba ser igual a la propugnada por el liberalismo económico, la que se apoya precisamente en la libertad individual, la propiedad y la libre voluntad de las partes, ejes a partir de los cuales, las fuerzas económicas operan; y que sin los debidos controles, destruyen la libertad; pues esa libre voluntad de las partes crea una

participa en la comunidad, se apropia y convive en ella, y también existe un ámbito privado o el fuero personal, referente a la vida de los individuos en el que la actividad de la comunidad encuentra límites; se trata de un fenómeno moderno, pues las sociedades de la antigüedad no establecieron claramente esos límites y las ideas más completas de la comunidad se extendían hasta ámbitos que hoy resultarían inimaginables, por ejemplo: los guardianes de la ley propuestos por Platón.<sup>13</sup>

El término comunidad puede ser usado en dos sentidos: el primero, el identitario, digamos, la correspondencia vivencia-convivencia, responsabilidad-corresponsabilidad, es decir, una vida en común compartida que los conglomerados sociales: un hecho de contenido social y antropológico-jurídico quizá, en algún sentido vinculado con la etnogénesis (el nacimiento de los pueblos). Sin embargo, se habla de la existencia de comunidades que no constituyen un Estado, como las comunidades indígenas que son pueblos en el sentido etnológico del término y en el jurídico se ubican como la población y cumpliendo los requisitos legales, con la ciudadanía de un Estado.

La comunidad, según la entendemos, se construye como un ideal de comunidad de derecho en el cual comunidades de otro orden, por ejemplo las indígenas mantienen puntos de encuentro importantes como son los derechos humanos en su versión colectiva, o derechos culturales.

---

desproporcionada “igualdad” que rompe cualquier noción de igualdad social. Por nuestra parte, interpretamos la idea de la propiedad en el liberalismo como una respuesta necesaria al absolutismo, es decir, frente a un poder concentrado en una persona, monarca absoluto o déspota que decidía sobre el destino de los individuos, de su propiedad, fabricaba las leyes o influía directamente en el sentido de las mismas y juzgaba según su voluntad y deseo, o ejercía influencia sobre los órganos encargados de impartir justicia. Como lo explica Edgar Bodenheimer, quien fue una víctima del despotismo en Alemania: “El despotismo es una forma de gobierno en la que un hombre goza de un poder ilimitado sobre los súbditos que rige. (...) En su forma puramente arbitraria, el despotismo no reconoce límites al ejercicio del capricho del gobernante. (...) En la cultura moderna el despotismo no ha desaparecido, pero se disfraza generalmente de una forma más impersonal. (...) El déspota trata de relacionar su poder con una aspiración o ideal más elevado, al que afirma servir”, Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, México, FCE, 1964, pp. 21-22. Es conveniente aclarar que ese autor se refiere al caso de los Estados totalitarios, pero podría hablarse a cualquier régimen donde exista la posibilidad de actuar sin límites legales o éticos; el autor cita dos ejemplos: Rusia luego de la revolución de 1917 y Alemania a partir de 1933. Sin embargo, la aparición de un despotismo impersonal, es decir, que no se centra en la figura de una persona, no significa que ese despotismo desaparezca. Por el contrario, es válido hablar hoy en día de un despotismo con otras características, por ejemplo, el personificado por las corporaciones transnacionales con un poder de acción al margen de los controles estatales, guiados por su voluntad y por la sacralización de la libertad comercial, lo cual se encuentra en contradicción con el liberalismo de las “libertades” y de la propiedad que es como entendemos el liberalismo político en su sentido original.

<sup>13</sup> Los guardianes de la ley que propone Platón y los “magistrados femeninos” durarían diez años en su encargo de vigilar las relaciones entre esposos para no incurrir en el descuido de sus deberes de procreación, ver *Leyes VI*, 784 a y ss., Platón, *Diálogos*, trad. Francisco Lisi, Madrid, Gredos, tomo VIII, *Leyes*, libro VI, p. 68.

Con respecto al segundo sentido en que puede ser usado el concepto comunidad, Jellinek afirma: “Resulta pues, que no es posible considerar al estado como un concepto que ha de someterse a una categoría política superior de comunidad. Comunidad política es el estado o aquellas asociaciones dotadas por él, con poder dominador. En este sentido, político quiere decir estatista porque el concepto de lo político se encuentra ya comprendido en el concepto de Estado. Todo poder de dominio ejercido dentro de aquél, solamente de él puede provenir, y una comunidad que en algún sentido sea independiente y disfrute de un poder de dominación no derivado, es en este respecto mismo, Estado”.<sup>14</sup> El concepto de Jellinek acerca de la comunidad como identificada con el Estado, y éste visto como entidad de dominación o centro del poder o control que no admite otro que él mismo, enuncia la idea que tuvo vigencia durante el siglo XX. Para este autor, el cumplimiento de las normas de la comunidad se erige en su propia justificación del Estado.

Mientras tanto, una noción diversa fue la propuesta por Hermann Heller quien reconoce que la institución estatal encuentra justificación porque emana de una etapa determinada de la división del trabajo y del intercambio social, de manera que esa justificación se exige a causa de la certeza racionalmente formulada del sentido y de ejecución de su orden jurídico. Ese autor reconoce cómo en algunas sociedades de épocas remotas: “Al individuo vinculado a un ámbito jurídico fácil de ser abarcado como un conglomerado firme e indiferenciado de tradiciones, le bastan los principios generales del derecho, apenas si distintos de las costumbres y de la moralidad. Pero, si en un caso particular se discute la justeza del límite impuesto a la voluntad, será necesaria, aún en comunidades primitivas, una instancia resolutoria que fije el sentido del derecho. Y sobre todo, para la seguida de la ejecución del derecho serán siempre necesarios hombres que ejerciten el poder, si bien las comunidades primitivas abonan gran parte de la ejecución a la iniciativa privada”<sup>15</sup> De manera que, para ese autor, mientras más compleja se convierta una comunidad, más específicas serán las funciones impuestas a la

---

<sup>14</sup> Jellinek, Jorge, *Teoría general del Estado*, 2ª. ed., trad. Fernando de los Ríos Urruti, México, Compañía Editorial Continental, 1958, pp. 144-145. Hay una edición (reimpresión) más reciente publicada también en México por el FCE, en el año 2000. En seguida, el autor presenta un concepto apoyado en esa noción que se ha denominado concepto sociológico de Estado, *ibídem*, p.145. “(...) el estado es la unidad de asociación dotada originariamente de un poder de dominación y formada por hombres asentados en un territorio”. La exposición de esta noción, evolucionará hacia el llamado concepto jurídico del Estado, un concepto nutrido por ideales netamente jurídicos como es la noción de corporación y la personalidad del Estado, en el cual se observan los elementos constitutivos del Estado: pueblo, territorio y poder. De manera que en su sentido jurídico, el Estado es “(...) *la corporación territorial formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un territorio; o para aplicar un término muy en uso, la corporación territorial dotada de un poder de mando originario.*”, en *ibídem*, p. 147.

<sup>15</sup> Heller, Hermann, “La justificación del Estado”, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, UNAM, tomo III, núms. 9 y 10, enero-junio de 1941, p. 158, texto tomado de la *Revista Cruz y Raya*, Madrid, diciembre de 1933.

entidad Estatal, a saber: el establecimiento, la aplicación y la efectividad del derecho.

Cualquier entidad estatal siguiendo a Heller, no puede sino garantizar la seguridad del derecho, una juridicidad formal, pero no una juridicidad material, quedando a la conciencia individual, la capacidad de garantizar la justicia, ya que la pérdida de toda seguridad del derecho conduciría a una destrucción de individuo y del Estado. La realidad de Estado es al final, la eficiencia humana.<sup>16</sup> Dicha eficiencia, vinculada a la adecuada operación de las instituciones, debe acompañarse de una mejor comprensión de los alcances de nuestra actividad social en la comunidad; en ambos casos, tanto en la eficiencia humana que se expresa a través de las instituciones, como en la eficiencia en el campo de las relaciones sociales, podrá tomar como su medida a los derechos humanos, en los cuales se han determinado los alcances de nuestra actividad colectiva en distintas áreas de su desarrollo.

## **B) Aportaciones del constitucionalismo antiguo**

Resulta difícil de abarcar con brevedad la riqueza del pensamiento político constitucional de la antigüedad. Algunas aportaciones de pensamiento político que puede ser identificado como un “constitucionalismo primigenio” se constituyen en aquellas reflexiones en torno a la idea de gobierno y la vida de los individuos como integrantes de una comunidad, a la que corresponde una ciudad y debido a sus características equiparables con los actuales Estados, se caracterizó como ciudades-Estado. La idea de ciudadano es otra noción política fundamental heredada de Grecia, así como la caracterización de las formas de gobierno como en democracia, oligarquía, monarquía, tiranía, las cuales rigieron la vida de la organización política, cuyo instrumento o expresión material se centró la Constitución o *politeia*.

Así, el pensamiento de la antigüedad nos legó la idea de organización y de Constitución, como su expresión básica, la tiene como fundamento el carácter social del ser humano, un animal político en términos aristotélicos, que gracias a su *ser gregario* cobra en él sentido la idea de constituirse y organizarse en una comunidad. La comunidad no se limita a la unión de varios individuos, sino a la identidad compartida y a la presencia de objetivos comunes, lo que incluye un derecho (común).

Desde otro punto de vista, la naturaleza somática y psíquica del ser humano están ligadas y son inseparables, el equilibrio entre ellas permite al ser humano afrontar de una mejor manera las situaciones que se le presenten, construirse y construir

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 161. Este autor reconoce en cada generación, la necesidad psicológica de plantearse el problema de la justificación o consagración del Estado.

comunidad, o bien, encausar su ingenio para destruirse. La adecuada dirección de esa posibilidad o potencialidad, ocurre mediante la acción en comunidad y consiste en su pervivencia, pues gracias a la razón, el ser humano ha podido modificar su entorno y conseguir los satisfactores para su subsistencia. Una vez cubiertas esas necesidades “vitales”, podrá desarrollar mejor otras posibilidades que le conduzcan hacia una vida feliz. A diferencia de otros seres que se encuentran determinados por su instinto animal, el hombre se encuentra dotado de ese instinto gregario o societal.<sup>17</sup> Diríamos que el ser humano se encuentra en una construcción permanente, creando y desarrollando cosas, ideas, creando conocimiento, organizándose para subsistir, movido por su deseo de sociedad o *appetitus societatis*, como diría Hugo Grocio siguiendo la escuela estoica.<sup>18</sup>

Las normas de que regirán la vida de las colectividades adquieren un forma viviente en las *πολιτεΐαι* (*politeíai*) griegas: constituciones (políticas), las cuales no correspondían exactamente con el sentido actual de las constituciones formales o escritas, que se caracterizan por su procedimiento dificultado de reforma, etc. En cambio, dichas constituciones se vincularon más bien, con un sentido material o vivo. En la antigüedad clásica, el concepto de comunidad política había sido delineado y vinculado estrechamente con el concepto de justicia y no con exclusivamente con la idea de democracia como en el pensamiento político y constitucional pudiera proyectarse. Las constituciones de la antigüedad griega eran la manifestación de la vida en comunidad; se trataba sin duda, de una forma de realismo constitucional o mejor dicho, de un vitalismo constitucional.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Aristóteles lo aclaró en *Pol.* 1253 a. 30-35 y ss., al señalar que: “En todos los hombres hay una tendencia a formar asociaciones de esta especie... Así como el hombre, cuando llega a su perfección es el mejor de los animales, así también es el peor de todos cuando está divorciado de la ley y la justicia.” Y concluye: “(...) la justicia es algo que se da en la ciudad, ya que la administración de justicia, o sea, el juicio sobre lo que justo es el orden de la comunidad política.” Ver Aristóteles, *Política*, 2ª. reimp. de la segunda edición, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, p. 5.

<sup>18</sup> Según explica en los prolegómenos de su derecho de la guerra y de la paz: “Y entre las cosas que son propias del hombre está el deseo de sociedad, esto es, de comunidad; no de cualquiera, sino tranquila y ordenada, según la condición de su entendimiento, con los que pertenecen a su especie: a la cual los Estoicos llamaban *οἰκείωσις* (*oikeiosis*)”, en: Grocio, Hugo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, Madrid, Reus, 1925, p. 10. El *appetitus societatis* es la capacidad de transformar el mundo, sólo a partir de la vida en comunidad se puede entender el uso de la razón como libertad. Su ejercicio requiere de un dictado, éste puede ser determinado éticamente a través de relaciones simples, pero tal posibilidad de ejercicio se vería en riesgo si se abusa de la libertad de otro u otros, equivaldría a su cancelación. La posible vulneración de la libertad se realiza también mediante el establecimiento de normas o determinaciones dotadas de fuerza, las cuales provean de certeza al ejercicio de la libertad. Entendida así la libertad, se concibe al derecho como su complemento, o si se quiere, su garantía; a la vez que es producto de esa delimitación, aun cuando no representa el único tipo de normas que restringen la libertad.

<sup>19</sup> No debemos olvidar que las sociedades antiguas a que nos referimos, Grecia y el posterior Imperio Romano, a pesar de haber alcanzado un alto grado de civilización, fueron sociedades eminentemente esclavistas, en las cuales no existió el concepto de dignidad humana. Incluso las ideas del movimiento

Este realismo constitucional ejemplifica la implementación de la noción de justicia, como directamente emanada de la fuerza de lo normativo, de la esencia del derecho y de la vida de la comunidad donde se encontraban ausentes las declaraciones de derechos características del constitucionalismo contemporáneo. En este punto, conviene hacer un parangón con el pensamiento de Hermann Heller, quien desarrolla un planteamiento compatible con esa idea de Constitución viva y en un sentido, desvinculada de factores reales de poder que se imponen y la modifican esa realidad constitucional de acuerdo a intereses y no según fines, así lo aclara ese autor en su idea de organización y de Estado como comunidad organizada de decisión y acción, vinculada con su idea de Constitución política como realidad social.<sup>20</sup>

El concepto de “Constitución”<sup>21</sup> de la época clásica, se caracteriza por un contacto permanente del individuo con su comunidad que ejemplifica la idea de una *Constitución vivida y aceptada* por su comunidad, esa vivencia se sustentaría el sentimiento constitucional que propugnamos. En la actualidad, esa idea de Constitución puede alcanzarse parcialmente, y una sección importante de esa vivencia constitucional se referiría a la de los derechos humanos que están plasmados en ese documento.

El vitalismo constitucional de la antigüedad refleja además el vínculo cercano tanto de los de los individuos entre sí y como de ellos con su comunidad, una pertenencia e identificación que se traslada al nivel constitucional y legal, correspondiendo con una auténtica concordia que nunca ha sido tan estrecha, el sabio Werner Jaeger la describiría con claridad: “No es ningún azar, sino una profunda necesidad espiritual e histórica el que esta nueva fundamentación del hombre sobre la base del ‘estado dentro de él mismo’ se opere al llegar a su apogeo la cultura griega. La seriedad con que se habían concebido las relaciones entre el individuo y la comunidad en los tiempos primitivos y en el periodo clásico del helenismo pareció traducirse durante largo tiempo en un entrelazamiento sin par de la vida del individuo con el espíritu de la polis. (...) En la vinculación

---

estoico se vincularán con un ideal determinista y con posiciones neoplatónicas y cristianas que servirían de justificación ideológica para dichas construcciones sociales.

<sup>20</sup> Cfr. Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, 6ª. reimp., trad. Luis Tobio, México, FCE, 1971, pp. 248 y ss. y 267-268. Este autor reconoce tres elementos de la organización: *obrar social recíproco*, esa cooperación orientada en el sentido de un *orden normativo* que crea órganos que aseguren la *unidad de acción y decisión*, y estima que la Constitución coincide con la organización de la comunidad en cuanto significa su producción consciente, *ibidem*, p. 268.

<sup>21</sup> Conviene hacer la aclaración metodológica y conceptual, algunas categorías son utilizadas por instituciones atribuyéndoles denominaciones “modernas”, sin embargo, se trata de un simple recurso para lograr una mayor claridad.



consciente a la ley de este mundo que descubre dentro de sí mismo, descubre por último el hombre la verdadera libertad.”<sup>22</sup>

En ese ideal de organización, el cual compartimos, la libertad del hombre se revela en esa vinculación con la ley, que presupone una completa vivencia de la comunidad a cargo de los individuos que se complementa con una idea de permanencia y de orden proporcionado por la Constitución, la cual es un fenómeno político especializado de naturaleza jurídica. La significación de lo político radica en que concierne a todos, y a la vida de cada uno, y tiene la característica de tener forma jurídica, lo que le imprime permanencia, es en este orden de ideas que lo político se identifica con lo ético.

El “constitucionalismo de la antigüedad” no es un constitucionalismo doctrinalmente acabado, si nos es permitida la referencia a algún tipo de “constitucionalismo griego” utilizando las categorías modernas, como en el caso de la *Constitución de los atenienses* de Aristóteles, un tratado en gran medida descriptivo<sup>23</sup>. Ese constitucionalismo tampoco crea una distinción entre un cuerpo normativo supremo como sería nuestro concepto de Constitución y las leyes *nomoi* (plural de *nomos*), sino, lo que se advierte de las traducciones de esa obra, es un sentido jurídico de las *politeíai* al cual se orientan y alinean los ordenamientos legales (*nomoi*). Los estudios de Aristóteles sobre las *Constituciones* de su tiempo<sup>24</sup> nos muestran cómo el término *politeia* tiene un significado disímbolo, ya que bien puede identificarse el germen de la Constitución en un sentido normativo, y en un sentido real, como la reunión de elementos que alcanzan cada aspecto de la vida en la comunidad en el espacio que asume como propio, *la polis*. Algunos de los significados de la *politeia* son: “el régimen, el conjunto de ciudadanos, cuerpo cívico, derechos cívicos y políticos; ciudadano;

---

<sup>22</sup> Jaeger, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, 1ª. reimp. en un solo vol., trad. Wenceslao Roses y Joaquín Xirau, México, FCE, 1967, p. 763.

<sup>23</sup> Pablo Lucas Verdú reflexiona sobre las ideas constitucionales aristotélicas y les otorga el grado de teoría constitucional, en la cual, reconoce: “(...) la *politeia* es un producto natural y cultural del espíritu griego, y en este sentido la Teoría de la Constitución aristotélica es el resultado de la vida cultural ateniense y del conjunto de valores que nutre esa cultura.”, ver: Lucas Verdú, Pablo, “Reflexiones en torno y dentro del concepto de constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva época, núm. 3, enero-marzo, 1994, p. 12.

<sup>24</sup> De debe mencionarse que otra de las grandes aportaciones del “constitucionalismo” antiguo es el derecho constitucional comparado, fundado por el eterno Aristóteles, ver *idem*. Las investigaciones comparativas aristotélicas sobre el pensamiento y las expresiones constitucionales de la antigüedad fueron inmensas, aunque lamentablemente no resistieron al tiempo; se estima que los estudios aristotélicos abarcaron como mínimo 158 constituciones, además, en los fragmentos modernos, se enuncia un número de 99 *politeíai*. Es posible conocer la lista de constituciones en el texto introductorio de Edwin Sandys en la introducción de Aristóteles, *The Constitution of Athens*, 1893, Macmillan, p. xviii.

Constitución moderada o mixta”.<sup>25</sup> Aún en ese orden de ideas, en un sentido más concreto, diremos que *politeia* puede ser equivalente a la vida *de la polis y en la polis*, e incluye a las formas de organización y distribución de las funciones públicas, y al establecimiento de derechos y deberes para los ciudadanos y los no ciudadanos.<sup>26</sup> Sería un error considerar que la identidad jurídica de un pueblo esté determinada exclusivamente por su Constitución, cualquiera que sea la forma que ésta adopte: escrita, no escrita, repartida en leyes diversas, etc. La Constitución escrita es un elemento útil y favorable, muy importante y deseable, pero no exclusivo en el desarrollo de la comunidad. En general, el estudio del derecho de un pueblo y más aún de la antigüedad, precisaría de abarcar las instituciones del derecho privado, que en el caso de la cultura griega del siglo IV a. C. tenía una importancia fundamental e integraba la vida de la comunidad.

Las diferencias entre las polis más florecientes suelen examinarse a partir de dos grandes concepciones de las que existen vestigios: la espartana o lacedemonia y la ateniense. La primera (perteneciente a una sociedad militar), no tenía una legislación propiamente en su inicio una forma escrita, se cree que las leyes del más connotado legislador Licurgo fueron originadas en el derecho consuetudinario.<sup>27</sup>

¿Por qué es significativo el conocimiento de las instituciones públicas, digamos en un sentido, constitucionales griegas? La primera razón estriba en que son un antecedente de una realidad constitucional viva; la segunda razón radica en que esta tradición constitucional es un ejemplo, tanto de derecho escrito como de derecho consuetudinario, particularmente en el caso de Lacedemonia. La tercera razón es referida a la existencia de una unidad cultural sustentada en dos elementos: la religión y la lengua. La unidad lingüística y religiosa fue un factor de cohesión entre los griegos, aunque existiera una pluralidad de formas de organización política.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Estos elementos son identificados por la traductora de Aristóteles, García Valdés, Manuela, *Política*, Madrid, Gredos, 1988, p. 188, nota 138, citada por Lucas Verdú, Pablo, *op. cit.*, nota 23, p. 12; donde ese autor describe el tránsito de la teoría constitucional del mundo antiguo al Estado moderno.

<sup>26</sup> Aristóteles, *La constitución de Atenas*, trad. Antonio Tovar, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1948, *pássim*. Entre otras referencias tanto a las normas (lo que hoy serían leyes), como a la constitución y a la vida de la comunidad acomodándose y organizándose.

<sup>27</sup> Montanelli, Indro, *Historia de los griegos. La vida cotidiana en la antigua Grecia*, Barcelona, Plaza y Janés, 1998, p. 89, y Barrilou, G., *Des sources du droit grec*, París, L. Larose et Forcel, 1883, p. 5.

<sup>28</sup> Algunas propuestas constitucionales contemporáneas han retornado a las coincidencias, lugares comunes de aquellos planteamientos iniciales de lo político y de lo social; por ejemplo, la mirada a los estudios culturales desde el ámbito jurídico-constitucional, o en sentido contrario, los estudios jurídico-constitucionales contemporáneos están considerando el factor cultural, ello nos conduce a revalorar y conocer el pasado constitucional, entre estos autores de esta tendencia se puede mencionar a Peter Häberle, en *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, México, UNAM-IJ, 2003, *pássim*, para quien la cultura es un cuarto elemento del Estado, que se encuentra integrada y reflejada en la Constitución.

Y entonces, ¿cómo entender a la polis y la politeia? La polis era una ciudad autosuficiente y dotada de ordenamientos originarios, es decir, se concibe tradicionalmente como una ejemplificación del Estado en la antigüedad. Sin embargo, desde nuestro punto de vista la idea de *politeia* corresponde además, a la descripción de un estado de cosas, con una forma de organizar los asuntos públicos, cargos y dignidades, la manera en que se otorgan privilegios y se eliminan cargas, en un espacio y tiempo precisos, similar al concepto de Constitución del Estado, asociada con una fuerza normativa, la fuerza normativa del comportamiento o de la costumbre, es decir, la fuerza normativa de la realidad de la cual Jellinek nos habla en su teoría, y por otro lado, ese orden político, la *politeia* constituye la esencia del Estado, en otras palabras, es el sentido de la *polis*.<sup>29</sup>

Resulta importante notar este paralelismo conceptual y pragmático, y advertir cómo desde los albores de las reflexiones políticas, los problemas permanecen sin respuestas acabadas sobre estos temas necesarios para estudio de la realidad social: Estado, Constitución y libertad; dicha triada de la que tratamos de manera general, será sintetizada en modernos estudios sobre el derecho constitucional, en la construcción de paradigmas como el del Estado-constitucional (y Estado social)

No debemos olvidar que la antigua polis fue sustituida por la comunidad de griegos a la que cada hombre está atado, al modo que se había estado atado a la ciudad-Estado. La entrada de Grecia, o mejor dicho su transformación al mundo helénico la extrajo de su mundo apoyado en la polis, que fuera el elemento integrador entre el hombre libre y el resto del mundo, el *kósmos* (orden). Un factor en este cambio como apunta Alfred Weber, ocurrió a partir de los filósofos estoicos quienes: "...sostuvieron las ideas de un estado universal, de una reciproca trabazón 'natural' entre los hombres, y de una justicia natural. Con tales ideas, los estoicos esparcieron una semilla que fructificó más adelante, en parte de la jurisprudencia romana, y en parte en las teorías del derecho natural de la Edad Media."<sup>30</sup>

En general, las consideraciones sobre la vida de la comunidad de la antigüedad, merecen revalorarse frente a las experiencias y reflexiones constitucionales contemporáneas. El gran valor de estas ideas clásicas radica en la consideración

---

<sup>29</sup> Conviene retomar una reflexión acerca de ambas "realidades", apunta Pablo Lucas Verdú, recordando a René Marcic, "(...) *constitutio est forma rei publicae*. Su forma sustancial es la realidad del derecho del ser: su ejecución. La Constitución es la forma que esencializa al Estado, así como el alma se define ontológicamente como la forma esencial del hombre. La Constitución es el sentido del Estado (...) La polis cambia si se modifica su Constitución, aunque subsistan los mismos hombres como gobernantes y como gobernados." Marcic, René, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Springer, Viena, 1963, p. 49, en Lucas Verdú *op. cit.*, p. 17.

<sup>30</sup> Weber, Alfred, *Historia de la cultura*, 11ª. reimp. de la primera edición en español de 1941, trad. Luis Recaséns Siches, México, FCE, 1976, p. 114.

y significado de lo político, lo ético y lo cultural. Ambos conceptos conviven, lo ético y lo político se encuentran en permanente contacto, son dos partes de una misma realidad, la humana. Lo ético es lo relativo al espacio donde tiene lugar las relaciones y lo político se refiere a la comunidad, el fin o dirección de lo ético y lo político se encaminan a la mejor convivencia. Lo cultural se encuentra inmerso en ambos conceptos y su síntesis es la comunidad, cuya búsqueda de permanencia la conduce a estatuirse en un orden, ese orden mínimo es la Constitución.

La evolución de concepto de Constitución transitaría por la idea romana de la República y seguiría durante la Edad media con su pluralidad de órdenes y fragmentación de poder (fueros y cartas); esos órdenes no alcanzarían el *status* de Constitución, bastaban las teorías que justificaron la existencia de un derecho divino de los reyes y una efervescencia de planteamientos teóricos sobre la forma que debía seguir la organización del Estado, y el surgimiento de fueros y cartas. Algunos autores sitúan el nacimiento de la idea de *ley fundamental* en los autores que reivindicaban las ideas contra el soberano corrompido, como en el caso de los monarcómacos (Jellinek).

Entre los autores del siglo XX, existe quien traslada la génesis del constitucionalismo en la idea del pacto divino de los Hebreos que produjo el decálogo (Loewenstein). Sin embargo, la historia de los textos constitucionales modernos se puede situar hacia mediados del siglo XVII con el Instrumento de Gobierno (*Regeringsform*) sueco (también conocida como *Grundlag*, ley fundamental) de 1634, o con los ingleses y el *Agreement for the people* de 1647, y su Instrumento de Gobierno de 1653. No debe perderse de vista que en esos años, 1648, se estaría concluyendo la Guerra de los 30 años, mediante la celebración de la Paz de Westfalia (que se tradujo en el fin de los conflictos religiosos producidos por el pensamiento de la Reforma protestante mediante tratados firmados por Francia, el Imperio Español, Suiza, Dinamarca, El Sacro Imperio, Países Bajos y Suecia); se trata de una fecha que se considera el inicio del Estado moderno, o en plural, Estados modernos, los cuales se transformarían en las monarquías absolutistas europeas en las que se gestaría el pensamiento revolucionario norteamericano y francés; mientras que el origen de las declaraciones de derechos se suele situar más específicamente en el *Bill of Rights* de 1689, pero no es desconocido su antecedente en la “carta otorgada” como la inglesa de Juan Sin Tierra de 1215; así, en general, se suman los avances en lo que ahora conocemos como derechos humanos que se suscitaron en otras latitudes y culturas (véase infra, notas 224 a 226).

## II. Aproximaciones a la noción de Constitución

La doctrina o dogmática constitucional encuentra una de sus partes centrales en la reflexión sobre la naturaleza de la Constitución, esta se enmarca por los acontecimientos de cada época. Pretendemos realizar un acercamiento a algunos de los autores más sobresalientes del pensamiento constitucional, para lo cual decidimos en primer lugar, incluir algunas de las referencias clásicas, para luego transitar brevemente por el pensamiento constitucional de signo comparatista, y más tarde exponer algunas de las ideas que han sido esbozadas y corresponden con nuestra visión del fenómeno constitucional.

### A) Realismo político-constitucional de Lassalle

Fernando Lassalle propone un concepto de constitución basado en los hechos concretos, en la realidad que observa y vive. Se niega a reconocer la idea de una Constitución en sentido formal a la que igualaría una simple hoja de papel, desprovista de fuerza y susceptible de ser desobedecida, una Constitución frágil. El contexto en que desarrolla su pensamiento es una época de efervescencia política en Alemania, se trata de un tiempo que se conoce como la segunda Revolución y tuvo lugar entre 1848 y 1850.<sup>31</sup> Esta situación da idea de cómo la influencia de las ideas socialistas en Alemania, referidas a las cuestiones eminentemente materiales se reflejan en la teoría constitucional de Lassalle, quien era amigo del creador del Capital. Debemos ubicarnos en un contexto de un Estado que había adquirido deudas entre las que se encontraban deudas de guerra. El triunfo de esta ideología se debió a que la sociedad prusiana de la época era un caldo de cultivo para que ideas como las de este autor se desarrollaran ampliamente.

La idea o concepto de Constitución del siglo es el resultado de una transformación del pensamiento que tiene un asidero o un apuntalamiento jurídico y un sustrato social o humano; las definiciones del concepto “Constitución” están ligadas fundamentalmente a la descripción de los procesos de organización y división del poder del Estado (funciones legislativa ejecutiva y judicial) y de las formas en que los factores del poder se estructuran, así lo establece Lassalle cuando nos expone la importancia de estos detentadores de poder en los problemas constitucionales, al reconocer que: “Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder; la verdadera constitución de un país sólo

---

<sup>31</sup> Dicho autor, nació en un imperio alemán que el mismo ve desvanecerse, narra en su visión de la historia y aporta datos relativos a la vida de la Prusia del Siglo XIX, aspectos personales y acontecimientos políticos. Quizá se deba a la falta de una identidad nacional propia lo que influya en su idea de la historia y de los personajes que la vivieron. Emile Ludwig reconoce la importancia del político judío Fernando Lassalle, cuando éste participó en los acontecimientos previos a la Revolución de 1848, donde existieron diversos intentos de Constitución, uno de ellos la del historiador Dunham quien proponía una constitución monárquica, véase Ludwig, Emil, *Historia de Alemania*, México, Diana, 1962.

reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas mas que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social...”<sup>32</sup> La reflexión de Lassalle, a pesar de indicar cómo la organización política se ve influida por actores con capacidad política, que es la capacidad de actuar frente a otros, no puede dejar de reconocer que esos factores son simplemente orgánicos; reconoce la necesidad de una dirección para la acción de esos sujetos o colectividades políticamente activas, esta dirección es marcada por la existencia de una *ley fundamental*, un concepto que se identifica con el de Constitución política.

La singularidad de esa ley fundamental radica en su posibilidad de generar, o bien, una potencialidad creadora que se entiende ampliamente cuando la Constitución es fuente de otros ordenamientos. No habría la necesidad de pensar en una Constitución aunque su característica esencial fuera ser real, es decir, vivir la hegemonía de los factores reales del poder que la moldean. La ausencia de un documento aunque fuera mínimamente visible, una Constitución mínima como lo pudieran ser lineamientos que garanticen elementales derechos, sería ocasión de una anarquía, es decir, la vivencia de una sociedad sin control.

Lassalle no pondría suficiente énfasis en la idea de que la Constitución de un Estado es un diseño creado a partir de una idea de convivencia y de comunidad, y que los hacedores de esa convivencia y quienes viven en comunidad son los seres humanos que conforman el pueblo políticamente organizado al que aluden los textos constitucionales, ya sea en sus preámbulos o en lo respectivo a la titularidad de la soberanía, sino en la reunión de corporaciones que se asemejan a grupos de interés o de influencia. Como señalara Lassalle: “Los factores reales del poder que rigen en el seno de cada sociedad son esa fuerza activa y eficaz que informa a todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser en sustancia, más que tal y como son.”<sup>33</sup> Los factores reales del poder moldean la realidad constitucional.

### **B) Jorge Jellinek y la Constitución como el principio de orden del Estado**

El pensamiento constitucional del profesor de Heidelberg se refiere a las características de la Constitución y a las garantías del derecho público. Su estudio parte de la progresión histórica de las leyes fundamentales como principios de ordenación de las asociaciones permanentes por las que se constituye y desenvuelve su voluntad. “... Este principio de ordenación – señala—será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con ella.

---

<sup>32</sup> Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?*, Madrid, Cenit, 1931, p. 90.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 58

Una ordenación o Estatuto de esa naturaleza es lo que se llama una Constitución.”<sup>34</sup>

De acuerdo con este autor, todo Estado precisa de una Constitución para no convertirse en una anarquía. Señala además, que la existencia de un poder de hecho que mantenga la unidad del Estado es suficiente para tener el *mínimum* de Constitución para la existencia del propio Estado, a lo que añade: “En los pueblos cultos existe un orden jurídico reconocido en principios de Derecho.”<sup>35</sup>

Jellinek no aclara cómo se identifica ese mínimo de Constitución, por lo que su idea parece asemejarse a la de orden público, ya que en tanto las instituciones del Estado se mantengan funcionando mínimamente, de acuerdo con él, existirá Estado y por tanto, Constitución como ese orden mismo. Los principios de derecho pueden ser una expresión de su mínimo constitucional que deja fuera a los pueblos “incultos” en los que no existe un mínimo sentido de lo jurídico expresado en principios jurídicos.<sup>36</sup>

Nuestro autor señala el contenido de la Constitución de la manera siguiente: “La Constitución de los estados abarca, por consiguiente, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y , por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado.”<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Jellinek, Jorge, *op. cit.*, nota 14, p. 415

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 413.

<sup>36</sup> La noción de “(...) principios jurídicos” no es clara en la idea expresada por Jellinek. En el mundo jurídico, la existencia de principios se liga, por ejemplo, con la idea de los principios generales del derecho, los cuales se ligan con las fuentes del derecho. La utilización de principios se encuentra ligada a la necesidad de brindar una solución ante la posible ausencia o inexistencia de un precepto normativo que solucione una situación; esta actuación de los principios que se relaciona a la actividad de integración normativa, es viable en el ámbito interno e internacional. En el último, conforma una fuente del derecho, de acuerdo con el artículo 38. Del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, según Michel Akehurst, tienen una doble naturaleza, para este autor son una fuente autónoma del derecho y a la vez, son un método para la utilización de fuentes existentes a través de un razonamiento inductivo, es decir, se advierten principios a partir de reglas específicas, ya sea que se generen en el ámbito interno como en el internacional siempre que exista compatibilidad entre ambos, ver Akehurst, Michel, *Introducción al Derecho Internacional*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, p. 131. Es claro cómo la legislación internacional referida, es decir, el art. 38. 1 c. del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, utiliza el calificativo “naciones civilizadas”, de modo similar a Jellinek lo hace con “pueblos cultos”; esa disposición prevé: *Artículo 38. 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...) c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.* Sin embargo, con referencia a la naturaleza de esos principios generales, desde otra perspectiva, pertenecen a las fuentes formales del derecho y se ha considerado que éstos permanecen vinculados a una especie de sentido jurídico común que adquiere presencia fundamentalmente al momento de la integración pero no son exclusivos de la función estatal de brindar solución a las controversias que le son planteadas, a decir de Ángel Latorre, por esos principios debe entenderse a aquellos enunciados generales a partir de los que se llega a soluciones particulares, *cfr.* Latorre, Ángel, *Introducción al Derecho*, 4a.ed., Barcelona, Ariel, 1988, p. 65.

<sup>37</sup> Jellinek, Jorge, *op. cit.*, nota 14, p. 413.

Jellinek se preocupa por el concepto de ley fundamental, al mencionar que resultaría totalmente extraño en aquellos Estados que carecen de una carta escrita. Por cuanto a los Estados que la poseen, el contenido de la Constitución escrita abarca tres materias: los principios de la organización del Estado y de la competencia de éste, y los fundamentos acerca del reconocimiento de derecho de los súbditos. La anterior afirmación revela la idea de ese autor sobre el contenido material del Derecho constitucional.<sup>38</sup> Aprecia Jellinek además, en el caso de las constituciones escritas, el aparejado surgimiento de un derecho consuetudinario o costumbre constitucional: “Una cosa es indudable: que las Constituciones escritas rígidas no pueden evitar que se desenvuelva junto a ellas y contra ellas un Derecho constitucional no escrito; de suerte que aun en estos Estados, junto a los principios constitucionales puramente formales, nacen otros de índole material.”<sup>39</sup>

En los aspectos que describe Jellinek, se observa la presencia de una forma normativa del ordenamiento constitucional. Sin embargo, advierte en el estudio de las cartas constitucionales del siglo XIX, que no es posible encontrar una regularidad que abarque todo el Derecho constitucional en sentido material. En algunas de ellas, encuentra disposiciones minuciosas sobre la materia electoral para la designación de los miembros del legislativo y acerca de cómo han de llevarse a cabo los asuntos parlamentarios, mientras que en otras, todo ello será objeto de leyes especiales.<sup>40</sup> Esta puede constituir una mención de las llamadas leyes de desarrollo constitucional que se encuentran presentes en la doctrina francesa del derecho público moderno.

Algunas de las cartas estudiadas por el profesor de Heidelberg contienen principios relativos a la adquisición de la nacionalidad, su pérdida, así como a la situación de los Municipios en el Derecho público. De la misma manera, observará en su descripción que en algunos textos constitucionales establecen detalladamente asuntos relativos a la Hacienda, la organización de las autoridades del Estado y la extensión de los derechos de libertad individual, en tanto que otras cartas harán referencia en “breves frases” a esas cuestiones, sin aclarar demasiado. Llama la atención la afirmación de que al lado de cuestiones importantes “desde el punto de vista constitucional”, conviven disposiciones que

---

<sup>38</sup> Véase, *ibidem*, p. 435. Entre los ordenamientos mencionados en esa obra se encuentran: la ley de 15 de octubre de 1850 acerca de la revisión de la Constitución de Sajonia-Weimar, la constitución del ducado de Anhalt, la Constitución de Baden, así como la Carta francesa. En dicho estudio comparativo Jellinek no distingue entre constituciones de un Estado federal o de uno simple, como sí divide o clasifica a las formas de Estado.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 438. La relación que existe entre los Presidentes de los Comités parlamentarios y el gobierno ha servido como ejemplo de este derecho consuetudinario.

<sup>40</sup> Véase, Jellinek, Jorge, *op. cit.*, nota 14, pp. 435 y 436.



carecen de todo valor, mientras que algunos temas relativos a la organización del Estado hay que irlos a buscar en “leyes simples”.<sup>41</sup>

Jellinek afirma que la imposibilidad de distinguir a las leyes constitucionales de las leyes simples origina algunas consecuencias, destaca por un lado, la atribución de materias que en otros países sería objeto de simples decretos, y por otro, hace referencia a su difícil modificabilidad o rigidez constitucional, ésta característica favorece la existencia de constituciones breves.<sup>42</sup> Acerca de la atribución de los textos de algunas materias que serían motivo, no sólo no de leyes, sino de “simples decretos”, apunta Jellinek que esa presencia se origina en la desconfianza de las legislaturas y de las mayorías dominantes en ellas, de manera que legislador prevé la rigidez constitucional. Además, la disminución en la labor legislativa permite que las legislaturas trabajen cada dos años en lugar de sesiones anuales; lo que favorece la estabilidad de las leyes y sustrae a los parlamentarios de las “mudables mayorías”.

Resulta imprescindible recordar el lugar que tuvieron los derechos de los individuos para este autor, para quien los miembros de un pueblo participan de la vida jurídica gracias a la protección que ese derecho establece para sus intereses individuales. Jorge Jellinek reconoce la naturaleza limitada por el derecho al poder del Estado, ahí descansa la competencia de los órganos del Estado, así como las limitaciones a la actividad de éste respecto del individuo, para el que también existen derechos y deberes. En ambos casos, estamos frente a los sectores del derecho político, que junto con el derecho internacional, integran el derecho público.<sup>43</sup> Además, en su análisis de los elementos del Estado correspondiendo al pueblo, la pertenencia de individuo “se exterioriza en una esfera de Derecho Público reconocida por el Estado”<sup>44</sup> No obstante, la titularidad del derecho se entendía dentro de la esfera privada, regulado por el derecho privado, en tanto que la doctrina de los derechos públicos subjetivos, es decir, la titularidad subjetiva en la esfera pública, se edificaría hasta el siglo XVII y de ahí se desprenderían las codificaciones contenidas en las declaraciones elaboradas en América, Francia e Inglaterra.

### **C) Rudolf Smend: Constitución como integración**

De acuerdo con Smend, el individuo no se puede entender, sino socialmente considerado. No existe en su concepto, una separación entre la teoría del Estado y el derecho constitucional, ambas disciplinas se encuentran en cuanto su objeto.

---

<sup>41</sup> Véase, *ibidem*, p. 437.

<sup>42</sup> En Jellinek, el tema de la reforma constitucional y de la mutación constitucional que se forma a partir de la interpretación, son abundados en su obra de mismo nombre: *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

<sup>43</sup> Cfr. Jellinek, Jorge, *op. cit.*, nota 14, pp. 312-319.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 334.

La Constitución, según lo afirma: “Es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, la dinámica de la dinámica vital en que se desarrolla la vida del Estado, es decir, su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado: y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de este proceso.”<sup>45</sup> El proceso de integración se da en tres ámbitos, personal, funcional y material. La integración personal busca la cohesión o la unificación de una voluntad popular personalizada en una dirección política que traerá la creación y mantenimiento de convicciones jurídicas comunes.<sup>46</sup> La responsabilidad de esa personificación o unificación centrada en un sujeto o sujetos, puede atribuirse al monarca, al Jefe de Estado y a los integrantes de la burocracia, y se da mediante la encarnación de valores tradicionales o el desarrollo de nuevos valores.<sup>47</sup>

Por su parte, la integración funcional o también llamada procesual, tiende a la creación de un sentido colectivo en las comunidades humanas. “Lo característico de los procesos integradores de una comunidad determinada reside en que dichos procesos son generalmente procesos que producen, actualizan, renuevan o desarrollan la sustancia espiritual de la comunidad, que es precisamente lo que constituye su contenido objetivo. (...) Ahora bien, ello no se ha de entender –al menos, no exclusivamente- en un sentido jurídico, es decir, como si se tratase de un negocio jurídico en su acepción más amplia, si no en el sentido de una restauración de la comunidad política como agrupación de voluntades, esto es, de la permanente creación de las condiciones necesarias para las sucesivas actualizaciones –incluyendo especialmente las de tipo jurídico- de la comunidad política como comunidad de voluntades.”<sup>48</sup> La idea de Smend, asemeja a la metáfora propuesta por Ernesto Renán sobre el concepto de nación como el “plebiscito de todos los días”.<sup>49</sup> Lo que no parece claro hasta el momento es, si la

---

<sup>45</sup> Smend, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, trad., de José Ma. Beneyto Pérez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 134.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>49</sup> Renan, Ernesto, *Qu’es-ce qu’une Nation?*, *Conférence faite en Sorbonne, le 11 mars 1882*, 2ª. ed., París, Calmann Lévy, 1882, p. 27. En esa parte, el historiador francés identifica a la nación como una gran solidaridad constituida por el sentimiento de sacrificio dispuesto a realizarse por la comunidad, que en otro sentido constituye la afirmación de un pasado y resume el presente. Es una realidad objetiva pues se apoya en un hecho tangible del deseo expreso por continuar una vida en común. Otro publicista francés, León Duguit, nos hablará de la solidaridad social o interdependencia en la que participa y vive el ser humano debido a sus similitudes o en virtud de la división del trabajo, en la que no pierde su individualidad, pues tiene conciencia de su pertenencia a la comunidad, que alcanzará, proponía Duguit, a la humanidad por encima de las solidaridades locales, regionales o nacionales; el hombre se considerará un ciudadano del mundo, creándose una nación (humana) conformada por pueblos libres. Este autor nos recuerda que es uno de los factores más diversos de la nación tener una Constitución, al integrar una comunidad de derecho, de lengua, de religión, de tradiciones, de luchas y victorias, sin duda una teoría del Estado nacional, al que nos

producción, actualización y renovación puede constituir un ciclo, como tampoco señala una temporalidad, pero sí actualizaciones sucesivas, las cuales incluirán algunas de tipo jurídico, al parecer dichas actualizaciones irían moldeando la comunidad.

La integración material no se expone con tanta claridad como en los casos previos, sin embargo, toma en cuenta de manera importante el factor territorial, sin desconocer el volitivo, el territorio es el espacio en el que la comunidad se asienta y puede lograr sus objetivos comunes, y no se refiere a una simple plataforma, sino al lugar donde ocurre la dinámica estatal, entendida como “la permanente restauración del Estado como agrupación soberana de voluntades” que conforma en sí, un sistema de integración.<sup>50</sup> En este orden de ideas, la Constitución representa la ordenación jurídica del Estado “mejor dicho –señala Smend- la dinámica vital en que se desarrolla la vida del Estado, es decir, su proceso de integración.”<sup>51</sup>

La Constitución política no tiende a regular supuestos concretos, sino la totalidad del proceso integrador, lo que exige del intérprete constitucional una “interpretación” extensiva y flexible. Los procesos interpretativos de la Constitución son diversos de los de otros ordenamientos porque lo que caracteriza a esas normas es su elasticidad y su capacidad *autotransformadora* y supletoria de sus propias lagunas. Las anteriores afirmaciones de Smend refieren el carácter

---

referimos, *Cfr.*, Duguit, León, *Manuel de Droit Constitutionnel. Théorie générale de l'État. Le Droit et l'État. Les libertés publiques. Organisation politique*, 3ª. ed., París, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1918, pp. 7-9. Vale la pena recordar que este autor hará una distinción entre leyes constitucionales y leyes ordinarias. Las primeras, independientemente de su forma de creación, son las que tienen por objeto regular la organización política de un país y no pueden ser modificadas sino por otras leyes constitucionales, Smend, Rudolf, *op. cit.*, nota 45, p.550.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 132. La dinámica de esa vida estatal retratada por la Constitución incluye como un sistema “ideal e inteligible” a las fuerzas sociales en perpetua ebullición, como ocurre –señala este autor- con los derechos fundamentales de la persona, en la positivación de normas generales de carácter supra-estatal (sic) o en el reconocimiento de derechos de las minorías. A pesar de la anterior afirmación que pareciera justificar la existencia de derechos fundamentales en el contenido normativo de la constitución, en una clara oposición a la teoría de la agrupación con la que se establecía un símil en las descripciones del pensamiento constitucional desde la Edad media, por ejemplo, con Otto Von Gierke en su descripción de las teorías políticas, Smend hace una separación tajante entre la Constitución de un Estado y los estatutos de una asociación, donde por ejemplo, se aclara el *status* de sus miembros como un requisito esencial, de acuerdo con su punto de vista. Afirma además, que los elementos del Estado no son comúnmente objeto de regulación constitucional, y con relación al elemento personal, niega que la Constitución tenga como tarea esencial la regulación del *status* jurídico de los ciudadanos: “El Estado no tiene como fin la fijación de ese <<status>>, a través, por ejemplo, de la regulación de los derechos fundamentales, de los ciudadanos; el Estado es fin en sí mismo, y la regulación de la situación jurídica de los ciudadanos, a través, por ejemplo de un catálogo de derechos fundamentales, posee ante todo, un carácter cultural y jurídico-político constitutivo de la realidad estatal, en modo equivalente a la regulación estatutaria de los miembros de una asociación”.

normativo de la Constitución y su ambivalencia de *realidad integradora y norma de derecho positivo*.<sup>52</sup>

Smend considera que los órganos, las funciones formales y los contenidos materiales son elementos esenciales de la Constitución, de manera que en la integración de esos órganos del Estado y en su actuación de acuerdo con la ley fundamental se produce la dinámica del Estado y por tanto, la integración subjetiva; mientras que por sus funciones formales, la integración funcional, y la integración objetiva se nutren del contenido material dado por el territorio; y es en consecuencia, que estos sistemas de integración formal conformarán el contenido material o “el Derecho material de la Constitución”.<sup>53</sup>

En una parte de su exposición niega que la Constitución tenga por objeto a los derechos fundamentales y en otra parte de su obra los ubica en el tipo de integración material de la Constitución, e identifica dos posturas en torno a ellos: una tradicional que ve en ellos una formulación especial que rige el actuar de la legislación, un Derecho especial técnico; y por otro lado, una postura que los reinterpreta en su sentido material y en el sentido formal de su validez, como una serie material autónoma (sistema de valores, de bienes, un sistema cultural; y por otra, la afirmación nacional de valores confirmando a las diferentes nacionalidades (de Alemania) un status material único. Los derechos fundamentales en cuanto Derecho especial técnico exigen una fundamentación a partir del mismo sistema cultural del que se desprenden y en ese sentido, representan la norma que rige la Constitución, la legislación y la Administración. Además, al ser representantes de un sistema cultural concreto que resume la vida de la Constitución, únicamente pueden aplicarse partiendo del contexto global en el que se insertan.<sup>54</sup>

#### **D) Hans Kelsen y la Constitución como fundamento de validez y jerarquía del ordenamiento**

Hans Kelsen trata el ordenamiento como una unidad jerarquizada de normas que se superponen ya que la validez de una, deriva en la validez de otra. Propone que la dualidad entre dos órdenes interno e internacional, se rompe porque sobre las normas constitucionales existe el ordenamiento siguiente, que tiene en su cima una norma fundamental que da validez a la totalidad del sistema. La norma fundamental de un orden jurídico positivo no es sin la regla básica de acuerdo con la cual, las diversas normas del propio orden son creadas.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> Cfr. Smend, Rudolf, *op. cit.*, nota 45, pp. 133 -135.

<sup>53</sup> Véase, *ibidem*, p. 144.

<sup>54</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 225-234

<sup>55</sup> Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 6ª. ed., trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1969, p. 134.

La norma básica no se formula mediante un acto creador de derecho, debe suponerse su validez, en caso contrario, ningún acto humano podría interpretarse como un acto que crea normas. La importancia que tiene la forma de creación de las normas, se refleja incluso en la labor de los jueces quienes deben que resolver las cuestiones de hecho y de derecho, además de examinar si la norma que pretende aplicar es realmente válida, es decir, de verificar si las normas guardan correspondencia con la forma establecida por la Constitución. ¿Qué supone que la validez de una norma descansa en otra? En el caso de un ordenamiento interno, las disposiciones se han creado conforme a las prescripciones de la Constitución, es decir, según el procedimiento señalado ella y de ahí obtienen su validez, y por tanto, un tribunal podría imponer una sanción determinada.<sup>56</sup>

El contenido formal y material de la Constitución se encuentra determinado de la manera siguiente; en el sentido formal significa una cierta forma especial de creación “una cierta forma legal que puede ser llenada con cualquier contenido jurídico.”<sup>57</sup> Una parte integrante de las constituciones se conforma por las declaraciones de derechos, las cuales adquieren preeminencia cuando –en términos de Kelsen- el individuo puede poner en movimiento un procedimiento que culmine en la nulificación de un acto. Además, acerca del vínculo entre el derecho positivo y “los derechos naturales”, Kelsen afirma que un derecho establecido de forma indirecta por la Constitución, si es estatuido por un acto creador autorizado en la ley suprema, deja de ser “natural” para convertirse en jurídico positivo y adquiere importancia para la consideración jurídica.<sup>58</sup>

La importancia de la postura de Kelsen servirá para declarar la validez del derecho cuando se ha creado conforme a una fuente constitucional. El problema radica en el contenido de ese derecho positivizado que, si no es posible materializarse, se estará frente a un ordenamiento ineficaz, pleno de derechos subjetivos, derechos positivos, válidos, pero ineficaces porque no se pueden exigir.

### **E) Carl Schmitt y su sistemática constitucional**

Carl Schmitt<sup>59</sup> fue el abogado del Tercer Reich. Colaboró en darle sustento ideológico y estructura de derecho al Nacional Socialismo, acciones que

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 308

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 316.

<sup>59</sup> Schmitt fue abogado del Reich, colaboró con el filósofo Martin Heidegger para dar sustento ideológico y forma de derecho al nacional socialismo alemán del antisemitismo que provocó el Holocausto, así como las expulsiones y persecuciones de los profesores universitarios de origen judío como fue Kelsen; sin embargo, en palabras de Rudolf Métall, Schmitt prestaría sin querer, ayuda a Kelsen para escapar de la simple pérdida del empleo en la Universidad de Colonia, al negarse a firmar la propuesta del profesor Hans Carl Nipperdey para que el licenciamiento (como denominaron a la destitución masiva de docentes publicada en los diarios de 1933), se convirtiera en el caso de Kelsen, en definitivo, y continuara como profesor en esa Universidad, en cuyo paso de 1930 a 1933, había escrito su obra *¿Quién debía ser el guardián de la Constitución?* (*Wer*

ensombrecen la imagen y el legado de una brillante mente del pensamiento político. Nos referiremos a su Teoría de la Constitución, por la única razón de que se trata de una obra que se ubica fuera de ese periodo oscuro (o de demencia) en el pensamiento de Schmitt.<sup>60</sup> El estudio de la Constitución para este autor no se centra en las distinciones formal y material, sino que se refleja en el tratamiento de cuatro sentidos de la expresión Constitución. Dichos sentidos no corresponden a parcelas cerradas, cada uno de ellos, aunque se centran de alguna manera en determinado aspecto de la realidad constitucional, mantiene vínculos entre con las demás orientaciones.

Las cuatro representaciones o sentidos en que se desenvuelve la Constitución son: absoluto, relativo, positivo e ideal; y corresponden con su visión de la Constitución de Estado Burgués de Derecho, representado por la Carta de Weimar. Se pueden establecer vínculos entre unos u otros sentidos, mientras que los sentidos absoluto, relativo y positivo se vinculan más a la idea concreta de Constitución como norma de derecho, el concepto ideal es el más cercano a consideraciones teleológicas, lo que la Constitución es ya como ordenación de una comunidad o como su forma de gobierno, en su sentido absoluto, encontrará correspondencia con el sentido ideal al vincularse con la existencia de un cierto programa político y con el establecimiento de un sistema de garantías de la libertad y de una división de poderes. Conviene tener presente que la denominación ley constitucional adquirirá una significación distinta según el concepto de Constitución, sin embargo, en su sentido elemental, ésta se denomina así con motivo de la importancia política que adquiere en un momento determinado.

En su *sentido absoluto*, la Constitución corresponde con la idea de un todo unitario. Son dos los grandes aspectos los que comprende el sentido absoluto, por un lado, la identificación con la concreta manera de ser resultante de cualquier unidad política forma de formas; y por otro lado, con un sistema de normas: una regulación fundamental, es decir, la identidad de la Constitución con una norma de normas.<sup>61</sup>

Este sentido, el primer gran aspecto, como manera de ser concreto “resultante” de cualquier unidad política existente, a su vez, tiene varias significaciones. La primera, es una situación o manera de ser, un Estado particular y con existencia política concreta: “El Estado no tiene una Constitución <<según la que>> se forma

---

*soll der Hutter der Verfassung sein?*, véase: Métall, Rudolf Aladar, *Hans Kelsen. Vida y Obra*, trad. Javier Esquivel, México, UNAM-III, 1976, p. 64-69, donde se describe ese período en la vida de Kelsen.

<sup>60</sup> Deseo mencionar que el doctor Héctor Fix-Zamudio me sugirió incluir a este autor, ya que las obras a las que aludiremos pertenecen al período en el que Schmitt aún no había perdido la cordura.

<sup>61</sup> Cfr. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 2011, pp. 36-40.

y funciona la voluntad estatal, sino que el Estado es Constitución.”<sup>62</sup> La segunda significación se iguala a la *forma de gobierno*, también utiliza como sinónimos, la forma especial de dominio y el modo concreto de “supra-subordinación.”<sup>63</sup> La tercera significación identifica a la Constitución con “*el principio del devenir dinámico de la unidad política*” (integrarse como señalaría Smend).

El otro gran aspecto del sentido absoluto implica a la Constitución como una regulación legal fundamental, una norma de normas, un deber ser. Una norma a la que las demás normas sean referidas. La Constitución es el Estado porque se advierte como un deber ser normativo.<sup>64</sup> La Constitución adquiere su validez porque emana de un poder (fuerza o poder constituyente) y se establece por su voluntad. Aclara el autor: “la palabra <<voluntad>> significa, en contraste con simples normas, una magnitud del ser como origen del deber ser. La voluntad se da en un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser. Una norma puede valer cuando es justa, entonces, la concatenación sistemática conduce al Derecho natural y no a la constitución positiva; o bien, una norma vale porque está positivamente ordenada, es decir, por virtud de una voluntad existente.”<sup>65</sup> Manifestando una clara oposición a Kelsen, prosigue con la afirmación de que una norma nunca se establece por sí misma: “Decir que una Constitución no vale a causa de su justicia normativa, sino solo de su positividad, y que sin embargo, funda como pura norma un sistema o una ordenación de puras normas es una confusión llena de contradicciones”<sup>66</sup> Al concepto absoluto de Constitución le corresponde la denominación de *ley fundamental* como “el último *principio unitario* de la *unidad política* y de la *ordenación de conjunto*”.<sup>67</sup>

La exposición de Schmitt prosigue con el *concepto relativo* de Constitución, en el cual tiene cabida la idea de una pluralidad de leyes constitucionales formalmente iguales. Este concepto relativo se liga, tanto con el de Constitución escrita como con el de leyes constitucionales, que tienen procedimientos y supuestos para su reforma de mayor dificultad. Afirma Schmitt que la búsqueda determinación formal del concepto: “Constitución en sentido formal = Constitución escrita, no enuncia hoy otra cosa que: Constitución = una serie de leyes constitucionales escritas.”<sup>68</sup> En eso consiste la relatividad del concepto, en la transformación de una unidad cerrada una multiplicidad de leyes nombradas constitucionales. El requisito de su dificultada reforma queda a merced de las contiendas entre partidos. Esa relatividad de la Constitución es para Schmitt la renuncia del concepto absoluto.

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>63</sup> Véase *ibidem*, p. 37.

<sup>64</sup> Véase, *ibid.*, p. 40.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 50.

En la distinción entre Constitución y leyes constitucionales, surge el *concepto positivo de Constitución*, en el cual, ésta emana del acto del poder constituyente, el momento en que la unidad de manifiesta, por lo que es válida la afirmación de que la unidad política es anterior a la Constitución. La Constitución presupone la unidad de voluntad, mientras que las leyes constitucionales valen porque presuponen una Constitución.<sup>69</sup> Un elemento de distinción entre las leyes constitucionales radica en que la Constitución reúne las decisiones políticas fundamentales, las que no podrían reformarse por una mayoría parlamentaria, sino por un acto del pueblo, y hace referencia al ejemplo del pueblo inglés y sus leyes constitucionales.<sup>70</sup> El acto de reformar la Constitución a darla (crearla) forma la distinción que se establece ente los actos parlamentarios y los del constituyente.

La Constitución garantiza a los derechos fundamentales. Se pueden establecer intervenciones en ese campo mediante “normaciones constitucionales” y legales, pero cuando se niega un derecho fundamental, la Constitución queda vulnerada.<sup>71</sup> Conviene aquí preguntarse cómo se pueden garantizar esos derechos de acuerdo con la Constitución. La garantía de esos derechos debe dirigirse a los órganos competentes para revisar la Constitución, a los órganos competentes para dictar leyes ordinarias y las distintas autoridades de Estado.<sup>72</sup> Conviene recordar que se vincula con este sentido el concepto de ley fundamental como aquella que no tiene por contenido esencial, la formación legal, sino la decisión política.<sup>73</sup>

El concepto ideal de Constitución se refiere al ideal del Estado Burgués de Derecho, en el que existen las garantías constitucionales de reconocimiento de derechos fundamentales, división de poderes y al menos una la participación del pueblo en las decisiones, mediante la integración del legislativo.<sup>74</sup> Este ideal de Constitución y de Estado precisa del establecimiento de medios de control sobre el propio Estado para evitar la protección del ciudadano y la introducción de frenos al ejercicio del poder, este ideal de Constitución y de Estado, aclara el autor, es incompatible con el modelo soviético y fascista.<sup>75</sup>

---

<sup>69</sup> Cfr., *ibíd.*, pp. 58-60.

<sup>70</sup> Cfr., *ibíd.*, pp. 62-63.

<sup>71</sup> Véase, *ibíd.*, p. 65.

<sup>72</sup> Véase, *ibíd.*, p.240.

<sup>73</sup> Véase, *ibíd.*, p. 84.

<sup>74</sup> Véase, *ibíd.*, p. 78.

<sup>75</sup> Por nuestra parte, la excepción, al menos en lo que respecta al derecho soviético, se refiere a una renuencia ideológica de Schmitt, quizá debido a su formación (católica). Sin embargo, consideramos que en la doctrina leninista de la transformación del socialismo al comunismo, aún existe derecho, y además, hasta que ocurra esa transformación al comunismo, en el que no existirá Estado ni superestructura jurídica: derecho, el orden de ese período de dictadura del proletariado, a pesar de que representaría un avance, se encontrará como reconoce Marx: “Contagiado con una barrera burguesa (*mit einer buergerlichen Schranken behaftet*)”, cita a Marx, en la “Crítica al Programan de Gotha”, *Neu Zeit*, IX-I, 1890-1891, pp. 561, por Kelsen, Hans, *Teoría Comunista del Derecho y del Estado*, 2ª. reimp., trad. Alfredo J. Weiss, Buenos Aires, Emecé



## F) Hermann Heller: Constitución y la normatividad extraída de la normalidad

Heller entiende a la Constitución en dos sentidos, sociológico y jurídico, cada uno representa dos posibilidades básicas. En el sentido sociológico, se refiere por un lado, a la forma concreta de actividad y existencia estatales, un sentido amplio de totalidad. En segundo lugar, propone una idea científico-real, señalando desde una perspectiva histórico-política una estructura básica en la unidad estatal y al destacarla como estructura de una permanencia relativa. Es decir, la Constitución de un Estado es regulación y regularidad, no se agota en la creación normativa estatal, que admite la presencia de elementos emanados de la sociedad o mejor dicho comunidad jurídica que se transforma. Por otra parte, en su acepción sociológica, la Constitución es una forma de actividad que permanece en cuanto normalidad de hecho y de los hechos, ésta se presenta también como forma organización y de distribución de competencias en un grupo humano para que prevalezca esa normatividad emanada de la normalidad.

---

Editores, 1958, p. 59. Consideramos importante señalar el contexto en el que Marx afirma esa influencia: se trataba de la discusión acerca del derecho al trabajo y a la igualdad salarial, no estaba definiendo en ese enunciado, la esencia del derecho ni la teoría constitucional soviética. Esa discusión tenía lugar con motivo de la reunión entre grupos de trabajadores socialdemócratas y lassalleanos en 1875 en esa ciudad de la provincia de Turingia. Además, por lo que corresponde a la excepción del régimen soviético de Schmitt, éste lo extrae de su análisis por cuestiones ideológicas. Nos preguntamos cómo se concibe así al menos en cuanto a su contenido material el derecho soviético, y para al menos aproximarnos a una respuesta, conviene hacer una breve referencia al derecho constitucional soviético. Este derecho tuvo su expresión en las constituciones de 1918, 1924, 1936 y 1977. Antes de convertirse en la Federación Socialista y la Federación Rusa con reformas de los años 90 que incluyeron a la Perestroika (reestructuración) promovida por Mijail Gorbachov, iniciando la apertura y el cambio de régimen hacia una economía de mercado. ¿Cómo se identificaron la Constitución y el derecho constitucional soviético? Revisando algunas fuentes encontramos que desde el punto de vista del de la Teoría Marxista-Leninista del Estado y del Derecho, las leyes soviéticas se clasificaron en Constitucionales y ordinarias, en el primer caso: “Las leyes constitucionales establecen los fundamentos y principios básicos del régimen social y estatal, regulan el orden de la formación y la actividad, así como las atribuciones principales de los órganos estatales, determina el sistema electoral y fijan y garantizan los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos de la URSS.”, Alexandrov, N.G. *et al.*, *Teoría del estado y del Derecho*, trad. A. Fierro, Grijalbo, México, 1966, p. 261. Por su parte, desde la perspectiva doctrinal o de la ciencia del derecho constitucional soviético, señalan que ésta investiga el sistema de normas que determina la organización del Estado y de las repúblicas federadas, la actividad y organización de los órganos del Estado soviético, el poder del Estado, la administración del Estado, los tribunales y la fiscalía, además de las normas que establecen los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos de la URSS, y aquellas que establecen el sistema electoral, así lo señalan Denisov, A. y Kirichenko, M., en su *Derecho Constitucional Soviético*, Moscú, Editorial Progreso, 1959, pp. 9 y 10. Además, señalan dichos autores: “La garantía más importante de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la URSS, consiste en la existencia del poder Soviético, que no se limita a la proclamación de esos derechos, sino que con su actividad los salvaguarda. (...) De acuerdo con la Constitución de la URSS, todos los órganos del Poder soviético están obligados a proteger los derechos de los ciudadanos.” *Ibidem*, p. 315. Asimismo, luego de estas descripciones sobre el contenido del derecho soviético y exceptuando el contenido ideológico, se aprecia cómo esa rama del derecho soviético desarrolla similares materias que las de constituciones estudiadas por Schmitt, a pesar de que este niegue una aplicación de su teoría.

El sentido jurídico abarca la situación jurídica de un Estado, es decir, las normas jurídicas contenidas en el texto, junto con todos los demás preceptos jurídicos conformes con ella (sentido material); mientras que en su segunda posibilidad, presenta a la Constitución en sentido formal.

La Constitución en sentido sociológico, normada por el derecho conscientemente establecido y asegurado es la Constitución organizada, en otras palabras: “La Constitución normada consiste en una normalidad de la conducta normada jurídicamente, o extrajurídicamente por la costumbre, la moral, religión, la urbanidad, la moda, etc.”<sup>76</sup> Reconoce Heller en las normas constitucionales, reglas empíricas de previsión y criterios de valoración para obrar, de manera que las normas constitucionales valen en cuanto reglas empíricas de la “situación real de la situación estatal”, tienen una normalidad normativa y señala que no es posible en tanto reglas de previsión del obrar humano, mantener la rigidez del ser y del deber ser. En cuanto al contenido de la Constitución normada jurídicamente, ésta se complementa además de los preceptos jurídicos, elementos culturales, geográficos, antropológicos y etnográficos que le dan validez, es decir, en aquellos a quienes la norma se dirige.

Además, la Constitución normada se nutre por principios lógicos emanados de la inducción de preceptos jurídicos y decisiones judiciales, y de principios éticos del Derecho, legitimados por la sociedad, a veces no autorizados por el Estado e incluso llegan a ser condenados, sin embargo son de la mayor trascendencia para la Constitución en cuanto complemento de ella y en cuanto sí mismos. “La validez de estos principios es de naturaleza general y apriorística en parte, pero con más frecuencia es históricamente variable y depende del círculo de cultura correspondiente.”<sup>77</sup> Tales principios se enuncian en las listas de derechos fundamentales de la mayoría de las constituciones escritas, un ejemplo lo conforma la igualdad ante la ley. A decir de Heller, los preceptos jurídicos cobran importancia si se ponen en relación con aquellos principios jurídicos emanados y legitimados socialmente. Hay entonces, una relación necesaria de complementariedad entre preceptos, principios y otro tipo de contenidos sociales y normativos emanados de la realidad social, una conexión jurídica.

El concepto que expondrá a continuación trata de la *Constitución jurídica destacada*, que se entiende no como la estructura de un estatus jurídico total, sino como el contenido normativo jurídico destacado de esa realidad, una estructura jurídica normativa de sentido, es decir, un deber ser. Mediante el uso de la razón se logra extraer el sentido de la acción con que se obra, lo que Heller llama “el sentido trascendente del acto”, para luego separarlo de su proceso subjetivo de

---

<sup>76</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, 6ª. reimp., trad. de Luis Tobio, México, FCE, 1971, p. 271.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 275.

vivencia y convertirlo en algo incluso corpóreo como es por escrito. Se trata de una operación de la razón que extrae un contenido de la significación de la realidad social y lo transforma en una “conexión de sentido” que puede ser reproducida en otros actos re-vivida, son por tanto, conexiones objetivas de sentido, tales como el derecho, el lenguaje, y las costumbres en las que con frecuencia se nos encuentra inmersos.<sup>78</sup>

El primer estadio de esa objetivación de la normatividad frente a la normalidad, puede realizarse, señala Heller, de un modo autoritario o de un modo libre, y en último extremo, en forma de un uso común al que se reconoce valor positivo. La objetivación de esa normalidad como normatividad, no precisa una forma escrita como por ejemplo, cita a la Constitución de Inglaterra, donde la decisión de un conflicto puede resolverse sin que exista una gran cantidad de normas de decisión claramente determinadas, añade: “Hay casos en los que la normalidad social se convierte en una normatividad jurídica debido a que una regularidad real se formula conscientemente como regla cuyo cumplimiento se exige sin excepciones.”<sup>79</sup> La extracción de esos preceptos u objetivación de preceptos jurídicos “firmes”, es una manera de racionalización del derecho en el sentido del mantenimiento de ciertos criterios de previsión y valoración. Dichos criterios se encuentran en todo grupo humano y niega Heller, la posibilidad de concebirse un grupo humano, ni siquiera en sus comienzos, sin normas de organización o constitucionales. De manera que, para la emancipación de la normatividad de la mera normalidad, resulta decisiva la vigencia de la norma por la organización surgida de esas normas constitucionales, que dan lugar al establecimiento de órganos especiales que apliquen “reglas normativas”, que se encarguen de su ejecución y creación. En ese sentido, es la organización el medio más eficaz para lograr la emancipación de la normatividad, que implica también la amenaza la de la coacción organizada.<sup>80</sup>

Hermann Heller señala que la dogmática jurídica utiliza un método político-histórico porque no es autónoma, su tarea radica en la materia jurídica positiva útil a la unidad de la organización Estatal, de manera que: “La unidad y ordenación de la constitución de un Estado solo adquiere realidad por una cooperación de actividades que, tanto histórica como sistemáticamente y tanto en la sucesión temporal como en la coexistencia espacial, han de mostrar una continuidad en la que haya un ajuste perfecto. La Constitución jurídica representa el plano normativo de esa cooperación continuada.”<sup>81</sup> Dicho sistema no es cerrado, sino que puede

---

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 279.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 280.

<sup>80</sup> *Cfr.*, *ibid.*, p. 280-281.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 283.

tener lagunas; es en este caso, cuando cobra importancia la jurisdicción constitucional.

La Constitución escrita según Herman Heller, proviene de la idea de la racionalización del derecho formal (que en el constitucionalismo y en el absolutismo provienen del pensamiento jurídico romano), y la material, mediante la incorporación de contenidos materiales inmutables (proveniente del derecho natural), en el entendido de que esa racionalización crearía una estructura unitaria del Estado a través de una codificación (tal codificación estaría exenta de lagunas). Nos interesa aquí, destacar las ideas básicas de Heller respecto del contenido de las constituciones escritas: la primera se refiere al contenido de la Constitución como limitación objetiva del poder del Estado, esa limitación se asegura mediante el establecimiento de derechos subjetivos de libertad e intervención de los ciudadanos respecto del poder estatal, de manera que los derechos fundamentales deben protegerse en la estructura de la organización del Estado: la Constitución. Se trata de una idea que se completa con la siguiente afirmación categórica: “Implica una comprensión radical y peligrosa del estado de derecho constitucional, el considerar a la división de poderes y a los derechos fundamentales como dos instituciones una de otra. En realidad, la tendencia a la organización planificada y según el estado de Derecho del Poder del Estado y la encaminada a la salvaguardia de la libertad se condicionan recíprocamente. Sólo se encuentran en oposición “plan” y “libertad” si se conciben como abstracciones sin entidad.”<sup>82</sup> De manera que era considerada como tal, sólo aquella Constitución que establecía una división de poderes y tenía garantizados derechos fundamentales.

La Constitución material admite dos significaciones, una amplia y otra restringida, la primera, como ordenación de la situación jurídica total del Estado, la unidad de orden conforme con la Constitución; la versión restringida “extrae de la ordenación jurídica total de Estado, un contenido parcial valorado como ordenación fundamental”. Dicha normación supone la existencia de un poder constituyente que conforma un vínculo con el concepto de autoridad; para existir, este poder debe estar vinculado con los sectores que son de un decisivo influjo para la estructura del poder.<sup>83</sup>

### **G) Karl Loewenstein y el *telos* de la Constitución**

La Constitución funciona como un medio de control para el proceso del poder. La trayectoria del constitucionalismo ha sido la búsqueda por limitar el ejercicio absoluto del poder, para lo que se distribuyó ente varios detentadores. La división del poder trae consigo su restricción y control; la totalidad de principios, normas e

---

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 292.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 298.

instituciones para el control y distribución del poder constituye: “la Constitución ontológica de la sociedad estatal”. Esa separación se encuentra vinculada con la idea de representación política y sus distintas tendencias o técnicas. Para este autor, esta manera de entender a la Constitución proviene de la ideología liberal.<sup>84</sup>

A partir de la idea de pacto (con Dios), afirma Loewenstein, se retoma el concepto de Constitución escrita, como una imitación del pacto divino, ubicando en los Hebreos las primeras prácticas constitucionales, seguido de la democracia griega del siglo v, que no precisaron de un pacto y entendieron a la Constitución en un sentido material como lo puede ser la *politeia* aristotélica.<sup>85</sup> En seguida, vendría el tránsito desde la República romana que, para llegar al universalismo de la constitución escrita (1787), precisó del constitucionalismo inglés con el Instrumento de Gobierno de Cromwell de 1654, donde paradójicamente no existe una constitución escrita, tal ocurre en el caso neozelandés.<sup>86</sup>

Para Loewenstein, los elementos que mínimamente caracterizan a una Constitución se pueden resumir de la siguiente forma: 1) la distribución de las tareas estatales para evitar la concentración del poder, mediante la asignación a diferentes órganos; 2) la cooperación de diversos detentadores del poder: un sistema de frenos y contrapesos, *checks and balances*; 3) un mecanismo que evite los bloqueos entre distintos detentadores del poder (el Constitucionalismo liberal se complementó con la idea del Constitucionalismo democrático -afirma-); 4) un método para la adaptación del orden constitucional a las cambiantes condiciones sociales (lo que corresponde al *telos* <*telos*> del Constitucionalismo liberal). La importancia del universalismo escrito radica en que estableció el marco para la eventual democratización de los procesos del poder, y los derechos humanos encontraron su lugar como una expresión de los controles constitucionales verticales, al lado del pluralismo y el federalismo.

### III. Perspectivas comparativas

La realidad se tiene que fragmentar para su análisis utilizando tres elementos tiempo, espacio y la materia de nuestro estudio. El derecho integra esa realidad de

---

<sup>84</sup> Loewenstein, Karl, *op. cit.*, nota 5, pp. 150-151. Con referencia al fin de la Constitución, el traductor refiere el comentario del Loewenstein en la obra *Über Wesen, Technik und Grenzen der Versassungsänderung (Sobre el ser, técnica y fronteras de la reforma constitucional)*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1961, s/n., de donde se cita la siguiente reflexión: “¿Cuál es la esencia, el *telos* de una Constitución escrita? Por lo pronto le corresponde la función de orden (*Ordnungsfunktion*) al fijar las reglas del juego según las cuales, por una parte, se desarrolla el proceso político –que no es sino la lucha por el poder político en el Estado-, y por otra, se forma la voluntad estatal obligatoria. Pero por otro lado, la Constitución promueve la libertad de los destinatarios del poder o ciudadanos, al establecer las normas que distribuyen las funciones estatales entre los diferentes detentadores del poder –la famosa técnica de la separación de poderes.”, nota 2a. de la *Teoría de la Constitución*.

<sup>85</sup> Véase *supra* nota 24.

<sup>86</sup> Cfr. Loewenstein, Karl, *op. cit.*, nota 5, pp. 156-159.

experiencia, de conocimiento. Cualquier aproximación al derecho tomará en cuenta esas magnitudes, pero acerca de la materia de estudio, las partes de ese “todo jurídico” se separan para lograr una aproximación más profunda, y ésta puede referirse a un ordenamiento, a sus elementos doctrinales, precedentes y principios emanados de las relaciones surgidas entre esos elementos, etc.

El estudio comparativo del derecho se ha considerado tanto una metodología del trabajo jurídico que nos permite conocer otras realidades, a partir de una perspectiva concreta; además, es entendido como una ciencia jurídica autónoma dedicada a cotejar normas e instituciones de diversos ordenamientos estatales, “tanto del presente como del pasado, con el propósito de poner en evidencia, además de las características más significativas, sus notas similares o diferenciales, de manera de alcanzar por esta vía, la determinación posterior de principios y reglas que encuentren una efectiva aplicación en los ordenamientos citados.”<sup>87</sup> El estudio comparativo se puede extender al estudio de tradiciones o sistemas jurídicos, sistemas constitucionales e instituciones jurídicas particulares. Si bien, los aspectos subjetivos se encuentran presentes a lo largo del camino de la indagación científica, e incluso se ven reflejados desde la elección del objeto jurídico de estudio, el comparatista debe actuar con la premisa básica de la objetividad, a pesar de que, como es natural a la investigación científica, haya tenido como punto de partida su perspectiva y experiencias.

Las reflexiones obtenidas por la visión comparativa cumplen dos finalidades básicas: favorecen el mejoramiento de los ordenamientos y enriquecen a las dogmáticas jurídicas particulares, como en el caso de la dogmática constitucional, uno de los ámbitos donde se han estudiado a los derechos humanos con mayor intensidad.<sup>88</sup>

#### **A) Biscaretti di Ruffia. Cuatro sentidos de la Constitución**

Ese autor italiano reconoce que el estudio comparativo de los distintos ciclos de la historia constitucional del mundo, precisa aclarar los tres sentidos que integran la noción de *ley fundamental*: objetivo o sustancial, formal, documental y material. El sentido objetivo o sustancial indica el conjunto de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas, que establecen la estructura esencial del Estado; mientras que en su sentido formal, la Constitución abarca aquellas normas jurídicas diversas de las legislativas ordinarias, a causa de un procedimiento dificultado de

---

<sup>87</sup> Biscaretti di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, nota 2, p. 13.

<sup>88</sup> En el estudio de los derechos humanos, la reflexión comparativa se ha trasladado de manera importante al estudio de sus sistemas de protección interna e internacional. Desde nuestro punto de vista, resultaría avezado considerar la separación definitiva entre los estudios de los sistemas de protección interna respecto de los sistemas “externos o internacionales”, en virtud de que la materia de protección: los derechos humanos, traspasa las fronteras de los sistemas particulares y se nutre de ambos, ello descansa en la naturaleza universal y transversal de esos derechos.

elaboración, más solemne y amplio; en otro aspecto, se refiere también dicho sentido formal, a la distinción entre constituciones rígidas y constituciones flexibles, estas últimas, con un procedimiento de reforma igual al de la legislación ordinaria. El sentido documental se identifica con el particular acto normativo solemne que contiene la mayoría de las disposiciones de carácter constitucional, no en todos los caso se identifica con el sentido formal. De manera subyacente, se menciona un sentido material de la Constitución (que en la doctrina italiana se identifica con el régimen político) y del que no podemos distinguir claramente si con el sentido objetivo o se acerca más al sentido documental.<sup>89</sup>

Desde nuestro punto de vista, una aportación significativa del pensamiento constitucional de Paolo Biscaretti consiste en la identificación de los períodos de la historia constitucional moderna (desde 1787 en adelante), que incluyen dos grupos: *el primero*, referido al constitucionalismo clásico, que abarca desde 1787 a 1918 (dividido en ciclos constitucionales: constituciones revolucionarias XVII, de 1787 a 1799; napoleónicas, de 1799 a 1815, de la Restauración, que van de 1815 a 1830, liberales de 1830 a 1848, y democráticas unitarias y federales, de 1848 a 1918). En *segundo* lugar, aquellos textos constitucionales que toman como elemento distintivo las formas de estado<sup>90</sup> de la época contemporánea: del tipo de democracia clásica (que comprende constituciones surgidas a continuación de la Primera Guerra Mundial, 1919-1937; de tipo democrático social, de tipo autoritario y del Tercer Mundo. Debido a la naturaleza de este trabajo, dejaremos el análisis de los mencionados ciclos para un estudio posterior.

El período de entreguerras resulta particularmente interesante porque ahí se encuentra en gran parte, el germen del movimiento actual de los derechos humanos a nivel internacional que se percibe en estos tres lustros del siglo XXI, el cual sería potenciado por los acontecimientos de la segunda posguerra. Lamentablemente, Biscaretti no pudo advertir cómo se generó el contenido actual de los grandes tratados de derechos humanos, o al menos una de sus grandes vertientes nutrida del pensamiento constitucional. El autor consideraba con cierta razón, que las constituciones aparecidas entre los años de 1919 a 1937, llamadas *constituciones democráticas racionalizadas* habían sido numerosas, “pero cuyo éxito práctico no resultó particularmente brillante”.<sup>91</sup> En cierta medida su afirmación es correcta, ya que sus consecuencias prácticas no tuvieron efectos en lo inmediato. Por otra parte, se deben apuntar importantes hechos en la historia constitucional del mundo, por ejemplo: que a este período corresponde la

---

<sup>89</sup> Cfr. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, nota 2, pp. 288 y 289.

<sup>90</sup> Las formas de Estado indican: “(...) de la manera más amplia, las diversas relaciones que unen entre sí a los diversos elementos constitucionales de carácter tradicional del mismo Estado: -gobierno, pueblo y territorio- sobre la base de concepciones específicas de carácter político-jurídico.” *Ibidem*, p. 44.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 299.

emergencia en Europa de los derechos sociales; que fue en esta fase donde, al lado de los derechos, se generaron las llamadas constituciones de los profesores: Hugo Preuss, Alemania en 1919 (considerado el padre de la Constitución de Weimar); Kelsen en Austria, en 1920 (con la aportación a la garantía jurisdiccional de la Constitución) y Adolfo Posada en España, en 1931.

Para el autor italiano, la Constitución se considera una técnica de la libertad, y califica de lacónico el uso de este concepto por B. Mirkin-Guetzévitch, quien designó así al *derecho constitucional del Estado de democracia clásica*, afirma Biscaretti.<sup>92</sup> Por otro lado, acerca de los derechos humanos, que es un tema relevante para esta aproximación, en su estudio del constitucionalismo clásico se revisan las declaraciones francesas de derechos del 27 de agosto de 1789, del 1793 (sin precisar entre la del 24 de mayo o 24 de junio)<sup>93</sup>, y la del 22 de agosto de 1795; adelante, se hacen precisiones sobre los derechos sociales o de contenido social, como la instrucción, mientras dará mayor espacio al tema, en la sección dedicada al estudio de la Constitución de tipo socialista. Finalmente, en su análisis del contenido de las constituciones; ese autor, señala cómo la tendencia hacia la incorporación de las declaraciones a los propios textos constitucionales, concluyó con su desaparición como un texto independiente del constitucional, incorporándose.<sup>94</sup>

## **B) Fix-Zamudio y Valencia Carmona. Líneas maestras del constitucionalismo**

Los autores consideran que en un sentido jurídico, la palabra Constitución se refiere a la manera en que están organizados los principios y los órganos públicos de un Estado cualquiera; se designa sí, al instrumento que define el ser político de un país, de manera que los pueblos encuentran en ella, el fundamento de su propia existencia y el símbolo que los guía hacia el porvenir (como Nación).<sup>95</sup> Los autores presentan la trayectoria del pensamiento constitucional, tanto en nuestro país, como en las obras que impactaron el desenvolvimiento del constitucionalismo latinoamericano y mundial, y enuncian algunos desarrollos o líneas maestras del constitucionalismo contemporáneo, que en su conjunto arrojan una amplia perspectiva constitucional, a saber: la Constitución como técnica de la libertad y del poder; el estudio del derecho constitucional dentro de las

---

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 55. Junto al estado de democracia clásica, las constituciones del mundo se ubican en diversos tipos: las correspondientes al estado autoritario, al estado socialista y a los estados en vías de desarrollo, ver *supra*.

<sup>93</sup> Rouvillois, Frédéric, *Les déclarations des droits de l'homme*, Barcelona-París, Flammarion, 2009, pp. 64, 69 y 75.

<sup>94</sup> Biscaretti di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, nota 2, *passim*.

<sup>95</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 8ª. ed., México, Porrúa-UNAM, 2012, p. 51.



instituciones políticas; la función de la Constitución como instrumento de control del proceso de poder; la idea de la Constitución abierta; la incorporación de valores constitucionales como elementos identificadores del sistema político, y la función unificadora del ordenamiento jurídico. El concepto de Constitución no es unívoco y en el presente estudio nos acercaremos a tres líneas:

#### 1) Como técnica de la libertad y del poder, e instrumento de control

Hoy diríamos, como técnica de la libertad sirve para el control del abuso del poder, mediante la búsqueda de su conciliación, de manera que el derecho constitucional es un procedimiento para asegurar la libertad política, donde la Democracia es un postulado y un criterio (siguiendo la exposición de Mirkine-Guetzévitch).<sup>96</sup> La libertad no puede ejercerse, al igual que la autoridad, exenta de límites; el derecho constitucional proporciona el equilibrio entre ambas, para que el poder se ejerza de acuerdo al derecho, según reglas escritas y conocidas por gobernantes y gobernados.

La misma idea se encuentra presente en una de las líneas maestras que enuncia a la Constitución como instrumento de control del poder y como una exigencia del Estado de derecho; en ella, cobran importancia tanto el tema relativo al control político del poder (Loewenstein)<sup>97</sup>, como el carácter normativo de la Constitución. Aquí tienen cabida las concepciones sobre el reforzamiento de los controles políticos de la Constitución, y se señala que sin la presencia de dichos controles, aplicables y aplicados, son imposibles la constitución consolidada y la consolidación democrática.<sup>98</sup>

#### 2) La Constitución abierta<sup>99</sup>

Esta visión admite dos concepciones: interna y externa. En el primer sentido, se identifica como la Constitución correspondiente a una sociedad plural, y se aleja de la rigidez o hermetismo, para conformar un espacio político para los distintos proyectos e ideologías. Así, se hace posible en ella la satisfacción de objetivos políticos diferentes y se toman en cuenta los cambios técnicos, económicos y sociales que se adaptarán a la evolución histórica en busca de su existencia y

---

<sup>96</sup> Mirkine-Guetzévitch, Boris, *Modernas Tendencias del Derecho Constitucional*, Barcelona, Reus, 1980, pp. 44 y 45, en: Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 94, p. 28.

<sup>97</sup> Los controles son horizontales y verticales, el primer grupo se divide en: interorgánicos o intraórganos. Los controles interorgánicos son relaciones entre los órganos estatales y los intraórganos funciona en un mismo poder del Estado. Los controles verticales surgen de individuos o grupos hacia los órganos del Estado. Debe tenerse presente que el marco de esta clasificación es el relativo al proceso gubernamental, como señala Loewenstein.

<sup>98</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 94, pp. 31 y 32.

<sup>99</sup> Una extrapolación de la obra del filósofo Karl Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Madrid, 2010, p. 189. En ese trabajo, llama "*sociedad cerrada* a la sociedad mágica, tribal o colectivista, y *sociedad abierta* a aquella en que los individuos deben adoptar decisiones personales."

eficacia. En su sentido externo, en las constituciones se percibe la influencia de normas jurídicas de otros países y de normas internacionales, consecuencia de la interdependencia en el plano internacional y la globalización, es decir, una Constitución basada en el pluralismo interno, internacional y comunitario.<sup>100</sup>

La apertura constitucional no es ilimitada, la primera limitación admisible se refiere al reconocimiento de otros valores distintos a los del pluralismo, aquellos en los que descansa la democracia, como son los derechos humanos o la división de poderes. La segunda limitación se concentra en el mantenimiento de su núcleo político para que no se transforme y en que la actividad interpretativa contribuya a suplir la necesidad de su reforma.<sup>101</sup>

### 3) La función unificadora del ordenamiento

Esta función, atribuida a la ley fundamental tiene el objetivo de controlar y orientar los desarrollos contradictorios de una actividad legislativa acelerada, a veces caótica, mediante un consenso social suficientemente amplio.<sup>102</sup>

## **IV. Perspectiva personal: la *Constitución* de la comunidad**

Las creaciones humanas consisten en la aplicación del ingenio (la imaginación y la inteligencia) para la transformación del mundo. Éstas pueden ser creaciones con una existencia inmaterial, es decir, originadas en el mismo pensamiento, como una adecuación o adaptación de la naturaleza; o bien, pueden ser materiales en virtud que se perciben con los sentidos, ya sea en sí o en alguna de sus manifestaciones.

Las creaciones materiales se agotan o permanecen, lo cual dependerá de su naturaleza, mientras que las de orden inmaterial pueden más fácilmente permanecer o no agotarse. Sin embargo, en cualquier caso, las creaciones del hombre se elaboran para cumplir un propósito o una función determinada, ya sea para solucionar un problema o cubrir una necesidad individual o colectiva. Comúnmente, a través de esas transformaciones del mundo se pretende mejorar la vida del ser humano.

El derecho forma parte de las creaciones que no pueden tener una expresión material; se elabora en un mundo de ideas, conforme las necesidades de la colectividad le marcan la pauta en un tiempo y espacio determinados. Sin embargo, “derecho” es una expresión con múltiples significados, cada uno de los cuales conviene diferenciar, pues se refiere a diversas áreas del conocimiento

---

<sup>100</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 94, pp. 32 y 33. La tríada que incluye los ámbitos que conviven en la constitución abierta: interno, internacional y comunitaria, es una aportación del profesor Pablo Lucas Verdú en su obra, *La constitución abierta y sus enemigos*, Madrid, Ediciones Beremar, 1993.

<sup>101</sup> *Ibidem*, pp. 34.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 35

jurídico; el derecho no tiene una existencia palpable, pero sí la tienen sus manifestaciones, como lo puede ser una resolución de una autoridad, una sentencia, los efectos de un contrato y o las consecuencias de la celebración de un tratado. Estas manifestaciones de lo jurídico tienen un soporte material, desde el aire que transporta las palabras de la sentencia, el papel y la tinta con que se escriben las leyes que se publican en los diarios oficiales, hasta la secuencia lógica de unos y ceros con que se expresa en los orificios que lee un dispositivo láser donde se contienen documentos de contenido jurídico, o su impresión magnética.

Como un orden de la conducta, el derecho se compone de mandatos generales llamados normas, su expresión fundamental es la ley; mientras que, como la disciplina que estudia ese orden, según la materia de que se ocupe, se ha parcelado en áreas como penal, administrativo, civil, procesal, internacional, constitucional, entre otras más específicas, la división de lo jurídico se precisa como una forma de conocerlo más en lo particular, adentrarse en el estudio de sus instituciones, sus relaciones con otras áreas, etc.

Además, se puede atribuir el calificativo de derecho o de jurídicos, a los actos de las autoridades y también a su manifestación a través de resoluciones, las cuales serán distintas, de acuerdo a las facultades con que se encuentre revestida determinada autoridad. De esta manera, tenemos que pueden existir una multiplicidad de actos: una sentencia de un juez, un laudo de un árbitro, la recomendación de un *ombudsman*, un acto de la administración de un Estado federal o de una autoridad municipal, como la concesión de una licencia o el otorgamiento de un permiso; o bien, la emisión de un decreto por el por la Asamblea de un Estado ordena la publicación de una ley, o la votación de un parlamento con que se aprueba un reforma constitucional. También forman parte de este fenómeno jurídico, las decisiones de un tribunal internacional cuando condena a un criminal de guerra, o de un panel en un tratado de libre comercio resolviendo un asunto relativo a alguna materia comercial, o la expresión del punto de vista jurídico de una corte mediante un opinión consultiva, acerca de un asunto concerniente a los derechos otorgados por alguna convención en materia de protección consular donde se establezcan mínimos del debido proceso por ejemplo. E igualmente, se incluyen en el mundo del derecho los pronunciamientos de los organismos internacionales sobre un determinado derecho establecido en un tratado, creando algún órgano que lo interpretará, etc.

Dichas manifestaciones constituyen formas de lo jurídico que debemos tener presentes, conforman lo que se denomina las fuentes del derecho, la legislación donde juega un papel fundamental la constitución y los tratados; la doctrina y la jurisprudencia, o más correctamente, los precedentes jurisprudenciales:

jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales; en su conjunto, estas manifestaciones jurídicas conformarán en una u otra medida, el objeto de la presente indagación.

### **A) Expresión jurídica de lo político**

Las diversas aproximaciones a la noción de Constitución suponen un previo acercamiento a lo que reúne características, o puede considerarse como constitucional. La misma Constitución tiene características o comparte esta esencia de lo constitucional, de ahí toma su nombre e inspiración, pero no exclusivamente, ya que será calificado como constitucional, tanto el conjunto de normas que se incluyen en un texto o una pluralidad de ellos, así como los actos y decisiones relacionados con dicho orden. Es decir, es posible considerar la existencia de una esencia de lo constitucional que no se limita al ordenamiento mismo, pero encuentra en él su base. En un primer acercamiento a la cuestión, diremos que lo constitucional corresponde con lo político. A su vez, lo político no se encuentra determinado o es idéntico con la forma y ejercicio del poder, sino con la forma de vivir de un conglomerado humano, la forma en que ha decidido llevar su vida en comunidad. En ese contexto surgen algunas interrogantes: ¿cómo puede conocerse o atribuirse esa característica de constitucional en las cuestiones, hechos, normas, decisiones, actos o en general fenómenos que se califican como constitucionales?, ¿qué nos indica que son constitucionales determinadas manifestaciones o actos?, ¿es adecuado considerar que con la simple mención o consignación en un texto jurídico de algunas realidades, actos o procesos, éstos asumen un carácter constitucional, o deben ser declarados por alguna autoridad válidamente facultada para hacerlo?

Una respuesta a estos cuestionamientos muy cercana a nuestro planteamiento la encontramos en el concepto de *constitución como decisión* política (*Verfassung als politische Entscheidung*) o simplemente como decisión, que propone Carl Schmitt al referirse al sentido positivo de la misma. Al intentar encuadrar por un lado, la unidad de la Constitución en un sentido absoluto e intentar no desconocer la relatividad de las distintas leyes constitucionales. Tomaremos su afirmación sobre la esencia de la constitución al señalar que la esencia de la Constitución no está contenida en una ley o norma. La decisión de vivir y organizarse de cierta manera corresponde al titular de la soberanía, del poder; según Schmitt, correspondería al pueblo de una democracia y al monarca de una monarquía.<sup>103</sup> En otras palabras, sin un gobierno políticamente organizado nos acercaríamos a los estados de naturaleza de Locke y Hobbes, que encuentran su fin con la

---

<sup>103</sup> Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 60, p. 60, e *Verfassungslehre*, 3ª edición, Duncker & Humblot, Berlín, 1957., p. XV y 23. Este autor, que más tarde perdería la razón favoreciendo e incorporándose al sistema totalitario del Tercer Reich, escribe su obra en 1928, en el momento que se están desarrollando otros pensamientos sobre la constitución. En la idea de Schmitt, el poder constituyente puede ser detentado por un solo individuo como lo puede ser un monarca.

celebración de un pacto: *pactum subjectionis* o *pactum societatis*, un pacto de sociedad.

### **B) ¿La vigencia de la idea de un pacto?**

La decisión de organizarse para vivir, precisa de un pacto de comunidad un *pactum communitatis*; en el contexto actual, ¿cuáles serían los posibles elementos del pacto de comunidad *pactum communitatis*? En primer término, diríamos que éste se aleja de los desequilibrios comunistas y de cualquier republicanismo por cuanto sustituye la idea de “lo público” como “lo de todos”, sin que por ello se relacione con alguna forma de propiedad colectiva; la idea de un pacto es una propuesta ética en tanto expresión de la libertad de decisión. El pacto es una propuesta ética y jurídica, que incluso puede ser anterior a la Constitución política, a partir de éste se podrá crear aquélla, con independencia de que en ella se refleje materialmente el pacto, por ejemplo, en sus exposiciones de motivos; y de hecho, éste no precisa necesariamente una nueva Constitución. Algunos elementos de un pacto de comunidad pueden ser: concordia, voluntad de participación, información; el elemento común es lo humano, sus participantes son seres humanos en lo individual, aunque decidan expresarse colectivamente en corporaciones o mediante la sociedad civil organizada, funcionarios públicos, es por ello que se puede caracterizar como un pacto de comunidad.

El contenido del pacto no se agota en una manifestación de consentimiento, como en el caso de Locke en el que “todos cuantos consienten en formar un cuerpo político bajo un gobierno, aceptan ante todos los miembros de esa sociedad la obligación de someterse a la resolución de la mayoría y dejarse guiar por ella. (...) Si no existe razón para que el consentimiento de la mayoría sea considerado como decisión de la totalidad y obligatorio para todos, no habrá nada que pueda convertir una resolución en acto del conjunto fuera del consentimiento unánime”.<sup>104</sup> Como tampoco en una solemne de reciprocidad hobbesiana: “Autorizo y transfiero a este hombre y asamblea de hombre mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho y autorizareis todos sus actos de la misma manera”<sup>105</sup>, evidencia de los casi ilimitados poderes del soberano como propone Hobbes.

¿Cómo puede expresarse la decisión de constituir un pacto? La decisión también puede expresarse mediante la forma de norma jurídica, con la cual se procurará dotar a esa decisión de una pervivencia, darle fijeza, lo que no significa que se petrifique y quede inalterable *ad aeternum*. Al asumir el pacto una forma o

---

<sup>104</sup> Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. Amando, Lázaro Ros, México, Aguilar, 1983, p. 74.

<sup>105</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 18ª. reimp., trad. Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 2012, p.141.

expresión jurídica, se intentará que la Constitución mantenga su vigencia, permanencia y sea respetada; no exclusivamente debido a la obligatoriedad de todo mandato legal, sino en virtud del convencimiento de que su contenido permite la vida de la comunidad de la mejor manera que es la manera en que lo expresó al momento de tomar las decisiones políticas fundamentales.

La importancia de este concepto radica en que la esencia de la Constitución parece emanar de la unidad de decisión, por tanto, unidad de voluntad de desear una forma de Estado y una forma de gobierno de terminada, que se puede materializar en un acto constituyente. La Constitución no surge de sí misma, lo que no reconoce Hobbes es que la decisión de crear una Constitución, por así decirlo, constituye la primera decisión política fundamental, de ahí devendrán otras decisiones como la forma democrática de gobierno, el reconocimiento de derechos fundamentales, o la opción de constituirse en un Estado Federal , etc. En nuestro concepto, existe un presupuesto acerca de lo constitucional referido a la correspondencia que determinados actos guardan con el orden constitucional, que es a la vez, una manifestación de esa idea. Esta concepción se acerca más a la noción de validez que a la de dependencia o subordinación.

La correspondencia que intentamos evidenciar se presenta entre la esencia y el conjunto de objetos, nociones ideas o actos que comparten elementos de esa idea o esencia, normas que comparten la esencia de lo constitucional, llamadas normas constitucionales. A partir de la idea de norma constitucional se generan distintos actos y realidades que encuentran fundamento en lo normativo constitucional, es decir, que se enuncian en el texto constitucional, por ejemplo: la decisión de una autoridad de celebrar tratados es constitucional porque encuentra su fundamento en el texto mismo.

Además de la enunciación de una determinada realidad jurídica, ésta debe coincidir con el sentido de la norma constitucional, por ejemplo, una autoridad puede participar en la celebración de un tratado, pero si el objeto del tratado consiste en el tráfico de armas prohibidas o el “tráfico de personas”, aunque la decisión de celebrar ese tratado encuentre asiento en el texto de la constitución, no compartirá la esencia de la Constitución porque contraviene su sentido, el propio texto, y a la decisión constituyente misma, una contravención de su esencia. La noción de lo Constitucional incluye pues, por un lado, cuestiones políticas en su sentido más amplio, y por otra parte, importantes razones jurídicas relacionadas con la validez de determinados actos en un sentido lógico normativo y en otro material. Lo constitucional también se relaciona con la persona que está calificada para que se señalen consecuencias en el mundo del derecho, es decir, esa noción tiene qué ver con la persona o las personas en quienes recae la

posibilidad de resolver conflictos que impliquen interpretaciones del texto constitucional, como son los jueces constitucionales.

Acerca del concepto de lo constitucional, Maurice Duverger señala que existe una amplitud de situaciones que pueden ser motivo de estudio del derecho constitucional que no se encuentran en el texto de la *ley fundamental*: “todas las reglas de derecho relativas a las instituciones políticas no están contenidas en la Constitución: se encuentran también en las leyes ordinarias, en los decretos y los reglamentos del Gobierno, en las órdenes de los ministros y las autoridades locales, en las resoluciones de las asambleas, en las costumbres jurídicas o en los ‘principios generales del derecho’... El derecho constitucional las estudia todas, cualquiera que sea su fuente, a pesar de su nombre no es únicamente el derecho de la Constitución”.<sup>106</sup>

En dicho autor se observa una ambivalencia entre el sentido de lo político como lo relativo a los asuntos del Estado, y por otra parte, el sentido sociológico del término será otro giro del vocablo que corresponde a las formas en que el poder en el Estado se distribuye y se establecen relaciones entre los distintos detentadores del poder, formen parte o no éstos de la estructura estatal. Por ese motivo, la consideración del derecho constitucional como el conjunto de normas que organizan y distribuyen el poder en el Estado la institución política más general, no es la idea fundamental que tratamos aquí, pues podría llevar a correr el riesgo de asumir la consideración exclusiva de lo político como la lucha por el poder.<sup>107</sup>

Otro sentido de lo constitucional, materialmente hablando, equivale a lo político, que es este contexto se debe entender como lo humano, lo colectivo, la vida en común, el orden de esa vida que no se limita a la existencia de una ordenación jurídica, sino a la manera en que existen y se construyen las relaciones entre los componentes de la comunidad: los individuos. El sentido de lo político se relaciona con la vida en comunidad, un eco de la vida de la *polis*, el origen del concepto. En esos términos, la Constitución como expresión de lo político, es vivida por los individuos en lo individual y por la comunidad en su conjunto, quienes se apropian de ella, e pacto es decisión y es ejercicio o acción. Una expresión amplia de lo constitucional, abarcaría tanto la noción del derecho constitucional, como la parte

---

<sup>106</sup> Duverger, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, 5ª. reimp. de la 6ª. ed., Ariel, México, 1996, p. 59.

<sup>107</sup> Dentro de esa línea del pensamiento se encuadran algunas posturas de orientación marcadamente sociológicas en torno al derecho constitucional, como la del mismo Duverger, quien concibe al derecho constitucional como el estudio de las instituciones políticas desde la perspectiva jurídica, y afirma en *ídem*, que el “(...) derecho constitucional es un elemento importante del estudio de las instituciones políticas. Pero no puede ser su elemento exclusivo, como sucedía con frecuencia en Francia hasta mediados del siglo XX, ya que el aspecto jurídico sólo es una parte de las instituciones políticas.”

de la dogmática jurídica que lo estudia, o si es válida la extensión: la ciencia del derecho constitucional, de la que un segmento imprescindible es el llamado teoría de la constitución. Sin embargo, entre la idea de la Constitución y una teoría de la Constitución existen diferencias, ya que la teoría de la Constitución incluye una idea de la misma, pero no en caso contrario. Por su parte, la Constitución puede ubicarse o no dentro de la una teoría de la constitución, puesto que elaborar una delimitación conceptual, una definición o proponer un concepto de constitución puede elaborarse, incluso a partir de parcelas de lo jurídico, como son el derecho administrativo, el derecho laboral, etc.; o bien desde concepciones generales como la teoría del derecho y el estudio de las fuentes.

La idea de constitución puede abarcar desde el origen de un orden Estatal, hasta considerarse el fundamento de los ordenamientos, el sustento de los principios que rigen la actividad de la administración (reserva de ley), etc. En ese ejemplo, el texto constitucional adquiere el carácter de ley fundamental y parámetro de los ordenamientos de un Estado.<sup>108</sup> En el derecho privado, a partir del Código Civil Federal<sup>109</sup> se aprecia claramente cómo la Constitución determina las disposiciones acerca de las limitaciones que se establecen sobre algunos derechos como la propiedad. En otros casos, es el propio texto constitucional donde se señalan con claridad algunos parámetros para el ejercicio de los derechos, tal es el caso del lugar ocupado por la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional mexicano. En cada una de estas referencias se aprecia el carácter de la Constitución como norma fundamental o principal, norma parámetro y límite a la actividad del Estado o la restricción de algunos derechos.

Por nuestra parte, la Constitución como la expresión jurídica de lo político, significa la construcción jurídica de lo políticamente deseable, es decir, lo conveniente a la vida en comunidad. El encasillamiento de la Constitución como el conjunto de elementos relativos al ejercicio del poder, puede limitar el concepto de Constitución a la reglas de la contienda política si no se le vincula con la noción de distribución funcional del poder, la especificación de atribuciones a quienes lo detentan y al establecimiento de derechos básicos y sus instrumentos de protección.

---

<sup>108</sup> Hartmut, Maurer, *Derecho administrativo alemán*, México, UNAM-III, 2012, p. 68. Donde el autor califica a la Constitución como ley fundamental establecida por un poder constituyente mediante un procedimiento particular, lo que implicaría un procedimiento igual de reforma y aquí podrían colocarse las constituciones de las Entidades Federativas; señala que ésta es el origen de las normas de la administración, por tanto fuente de ordenamientos y el límite de la administración.

<sup>109</sup> El *Código Civil Federal* establece referencias a las disposiciones constitucionales fundamentalmente en cuanto a la personalidad de las personas, a su régimen de propiedad, incluyendo a la materia sucesoria art. 25, y a la cuestión del pago por daño moral por ejercicio de la libertad de expresión. En cada asunto hace una referencia directa a una disposición constitucional, es decir, confiere a la norma constitucional un valor jurídico positivo, pues niega, afirma o regula el ejercicio de un derecho. La mayoría de las referencias de las normas de la Constitución Política se orientan al aspecto patrimonial.



La vida del ser humano se encuentra vinculada al desarrollo de instituciones, éstas son permanencia de una idea que como las normas jurídicas, tienen esa pretensión. El derecho es una institución social, y en términos más correctos, una institución política especializada. Es institución política pues mediante su establecimiento o surgimiento, las sociedades se procuran una vida mejor, esa es su finalidad; el sentido original de político se encuentra ligado con la actividad de los seres humanos en torno al bienestar de la colectividad a la que pertenecen y es a través del derecho que ese camino hacia su mejoramiento individual y colectivo se puede establecer, ya que una de las ideas no expresadas en el concepto de derecho, pero que se encuentra en su propia naturaleza es su permanencia. Así, el derecho es el ideal social y político por excelencia, es la forma de estatuir, y dar concreción a ese ideal, imprimirle fijeza y constancia, mediante la Constitución el respeto y ejercicio de los derechos humanos se encuentra en cada aspecto de la vida.

No es gratuito que una de las acepciones del derecho sea equivalente a lo permanente, lo estable y lo seguro; sin embargo, esa permanencia no significa inamovilidad o falta de dinamismo. El instrumento de esa permanencia se denomina Constitución política y si bien se representa en un sentido mediante la firmeza de la ley, también es realidad dinámica, identificación y reunión de voluntades constante ordenación –integración por utilizar el término de Smend– sentimiento de pertenencia y participación en la comunidad, en el sentido organicista que Lorenzo Von Stein apreció cuando señalaba que la Constitución de un Estado es aquella ordenación que comporta la conciencia de la voluntad individual con la voluntad total de Estado y abarca a los individuos como miembros vivos del organismo estatal”.<sup>110</sup>

No es una tarea sencilla el intento por discernir o, en su caso, encontrar la posibilidad de sintetizar dos naturalezas, la de los derechos humanos y la del derecho constitucional; o en otras palabras, determinar si corresponden con una

---

<sup>110</sup> Stein, Lorenz Von, “Der Begriff der Gesellschaft”, en *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, Munich, G. Solmón, tomo I, 1921, pp. 408-409. En una edición anterior de la misma obra, aparece el título completo *Geschichte (...) Von 1789 bis unsere Tage*. La primera parte de esa monumental obra dividida en 3 tomos, se refiere al “Concepto de sociedad y la historia social de la Revolución Francesa hasta el año 1830” (*Der Begriff der Gesellschaft und die sociale Geschichte der französischen Revolution bis zum Jahre 1830*), Leipzig, Editorial de Otto Wigand, 1850. En esta obra, intentamos sin éxito localizar la frase citada por Schmitt, sin embargo, ubicamos la misma idea de Stein que resume la formación de la voluntad unitaria en la Constitución del Estado, a partir de la diversidad: “Die Verfassung ist ihrem Begriffe nach der Organismus des Staatswillens oder die Form, in welcher sich der einheitliche Staatswille aus dem vielfältigen Willen des Volkes bildet.” Que quiere decir algo como: la Constitución es además de organismo de la voluntad estatal, la forma en que se construye la unidad de voluntad estatal desde la diversidad de voluntades del pueblo. *Ibidem*, p. 50. En otros términos, el Estado es un organismo y que la Constitución le da forma; al mismo tiempo, ésta ejemplifica la reunión de voluntades en una sola, que es la voluntad del Estado. No se sustituyen las voluntades, se resumen e integran.

misma naturaleza, participan de una esencia diversa, para ello será necesarias algunas reflexiones que complementen la idea de los derechos humanos y de la Constitución, y se tomen en cuenta los procesos de construcción de concepto moderno de los derechos humanos y la importancia e influencia de los contenidos constitucionales en la construcción a inicios del siglo XX del paradigma jurídico que son los derechos humanos, tanto formando parte del derecho internacional de los derechos humanos y del proceso de la internacionalización de las constituciones, pero sin desconocer la etapa previa también ocurrida durante ese periodo que doctrinalmente puede calificarse como el nombre de *constitucionalización del derecho internacional*, ambas etapas de un mismo proceso, que da cuenta de la construcción de un derecho público moderno sustentado en los derechos humanos, sobre lo que trataremos en la siguiente sección aunque sea de forma superficial.

### **Conclusiones**

Primera.- En las comunidades humanas políticamente organizadas existe un orden primario que indica los aspectos fundamentales de su vida, el cual adquiere la forma jurídica de Constitución. La comunidad se construye como comunidad de derecho donde la Constitución tiene un papel trascendental como elemento de cohesión.

Segunda.- La Constitución es un elemento común de las sociedades contemporáneas en la diversidad de la vida de los Estados, lo que significa que la Constitución es unidad en la diversidad estatal; la heterogeneidad de expresiones sociales en cada ámbito estatal, implican la ruptura de la relación uno-uno, un Estado-una nación; los Estados son expresión de la diversidad del mundo, sin embargo, encuentran un elemento común en los derecho humanos y en la Constitución.

Tercera.- Los pactos de derechos humanos y la declaración universal son la expresión del derecho público de la primera mitad del siglo XX, nacieron de las manifestaciones estatales plasmadas en las constituciones de la segunda posguerra y mantienen su naturaleza de elementos del derecho público común. El aforismo *ubi societas ubi ius* debe completarse con una expresión contemporánea *ubi societas ubi iura hominum*, donde hay sociedad, hay derechos humanos, los cuales, en tanto parte del derecho público, son reflejo de la consciencia jurídica contemporánea.

Cuarta.- Es posible advertir un importante antecedente en las investigaciones y reflexiones sobre las expresiones jurídicas de la antigüedad, donde es posible reconocer un constitucionalismo primigenio que ha sido explicado en la necesidad humana de organizarse en virtud del instinto gregario o societal de los seres

humanos; ese instinto se expresaba en la *politeia* que correspondería en la actualidad con la Constitución y eran expresión viva de la comunidad, al representar una vinculación entre el individuo y su conglomerado, donde encontraba la libertad. La Constitución de la antigüedad tuvo amplios alcances y algunas investigaciones revelan un total de 158 *politeiai* (constituciones) en los ejemplos estudiados por Aristóteles, conociéndose hasta la fecha 99 de sus nombres. El gran valor de esta herencia constitucional radica en la unidad de lo ético y lo político, como expresiones de una realidad constitucional comunitaria donde se presume, existió una verdadera identificación del sujeto con su comunidad o polis, caracterizando a la *politeia* como una constitución vivida.

Quinta.- Las concepciones modernas elaboradas por los tratadistas comparten la idea de orden para la vida de los Estados y abarcan diversas posiciones que van desde el realismo constitucional como en el caso de Lassalle, que señalaba a la constitución como *la ley fundamental de contenido necesario que contenía y era la suma de los factores reales del poder*, hasta las ideas de Jellinek sobre la Constitución como un conjunto de principios que enuncian el orden de las funciones del Estado, de sus órganos supremos y la situación de estos en torno al poder del Estado, dichos principios se recogen en un texto escrito que abarca además el reconocimiento de los derechos de los súbditos, lo que garantiza su participación en la vida jurídica gracias a esa protección jurídica de sus intereses individuales; junto a estas expresiones escritas se desenvuelven costumbres constitucionales; en el pensamiento de Smend, la constitución como integración que en su aspecto material se incluye a los derechos humanos, los cuales son estudiados e interpretados en el contexto en el cual se originan; o bien, el pensamiento de C. Schmitt que enuncia los sentidos absoluto (como todo unitario en el que Estado es Constitución), relativo (en el cual tiene cabida la idea de una pluralidad de leyes constitucionales formalmente iguales), positivo (en el que la Constitución surge del acto del poder constituyente, el momento en que la unidad de manifiesta) y el concepto ideal (en el que existen las garantías constitucionales de reconocimiento de derechos fundamentales, división de poderes y al menos una la participación del pueblo en las decisiones, mediante el órgano legislativo).

Sexta.- Se observa que es común a las ideas sobre la constitución, la función de orden, sin embargo, se expresa con claridad por Karl Loewenstein como (*Ordnungsfunktion*); el autor señala la existencia elementos que mínimamente caracterizan a una Constitución: 1) distribución entre diferentes órganos de las tareas estatales para evitarla concentración del poder; 2) la cooperación e de diversos detentadores del poder un sistema de frenos y contrapesos: *checks and balances*; 3) un mecanismo que evite los bloqueos entre distintos detentadores del poder; 4) un método para la adaptación del orden constitucional a las cambiantes

condiciones sociales y lo más importante: el fin de la Constitución; 5) un reconocimiento expreso de ciertas esferas de autodeterminación individual (los derechos individuales y las libertades fundamentales) y su protección frente a la intervención de un o más detentadores del poder.

Séptima.- Las posturas comparatistas estudiadas, por un lado, Biscaretti, y por otra parte, por Fix-Zamudio y Valencia Carmona, coinciden en la noción de Constitución como una técnica de la libertad y del poder; el autor italiano no pudo apreciar el éxito que tendrían las constituciones democráticas racionalizadas de la primera mitad del siglo XX. Ese autor advierte que las declaraciones de derechos se incorporarían a los textos constitucionales, aunque no presencié cómo desaparecerían, para surgir en el plano internacional, como declaraciones de derechos y como instrumentos con fuerza obligatoria. Desde otro punto de vista, los comparatistas mexicanos Fix-Zamudio y Valencia Carmona señalan algunos elementos identificables a lo largo del desenvolvimiento latinoamericano y mundial que consideran líneas maestras del constitucionalismo, a saber: la señalada técnica del poder y técnica de la libertad, la Constitución como un elemento del proceso de poder, la Constitución abierta (identificada como un texto que se transforma y adapta a una sociedad plural; una expresión del pluralismo expresado en la Constitución, se relaciona con la influencia de las normas jurídicas internacionales, extranjeras y comunitarias). Los valores constitucionales como los derechos humanos, constituyen un límite a dicha apertura. Finalmente, reconocen, la Constitución tiene una función de control y orientación de los desarrollos legislativos a veces acelerados y caóticos, fungiendo como una manera de consenso.

Octava. Desde nuestra óptica, la Constitución es expresión jurídica de lo político, identificado con lo deseable; ésta es una expresión de lo ético y lo común, lo compartido por la humanidad, y no se encuentran fundamentos para una diferenciación entre ética y política. En la actualidad, es posible hablar de un pacto que conforme la decisión para organizarse en comunidad: un *pactum communitatis*. Así, el pacto es una propuesta ética y jurídica, lo que significa que a partir de éste se podrá crear la Constitución, con independencia de ella sea reflejo material el pacto; su objeto radica en que la Constitución mantenga su vigencia, permanencia y sea respetada, no exclusivamente debido a la obligatoriedad de todo mandato legal, sino en virtud del convencimiento de que su contenido permite la vida de la comunidad de la mejor manera, como es la forma en que se expresa el pacto. Un pacto de comunidad es expresión de voluntad y un elemento importante del mismo, está conformado por los derechos humanos.

## **Capítulo Segundo. Constitucionalización del derecho internacional e internacionalización de las constituciones y la formación contemporánea del concepto de derechos humanos**

SUMARI: *I. Derechos humanos y Constitución ¿universales (jurídicos)?, o la dificultad de una concepción unitaria. A) La Constitución transnacional a partir de su contenido en derechos humanos. B) Diversidad y universalidad de los derechos humanos. C) Diálogo en derechos humanos: hacia un derecho común. II. Constitucionalización del derecho internacional e internacionalización de las constituciones. III. La declaración de derechos como ejemplo de internacionalización constitucional. A). Expansión constitucional mundial (universal). B) Antecedentes inmediatos de la Declaración Americana. C) El camino hacia la Declaración Universal de los Derechos Humanos. D) La publicación de un Anuario de Derechos Humanos que incluyera los textos constitucionales sobre derechos humanos vigentes sobre hasta el 31 de diciembre de 1946. E) Los pactos internacionales sobre derechos humanos. Conclusiones.*

### **I. Derechos humanos y Constitución ¿universales (jurídicos)?, o la dificultad de una concepción unitaria**

El presente capítulo tiene su origen en varias razones que conviene adelantar, aun cuando se traten adelante; la primera, consiste en un hallazgo bibliográfico que fue la localización de documentos que conducirían a sustentar la hipótesis de que los derechos humanos, al menos, en relación a los que se encuentran plasmados en algunos instrumentos internacionales del ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), tal es el caso del desarrollo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los grandes pactos en esa materia, encuentran una de sus fuentes o influencias directas más importantes en el derecho constitucional. A pesar de que la presencia del derecho interno en el internacional parezca una consecuencia razonablemente explicable, desde el punto de vista jurídico, algunas referencias documentales comprueban que en el ámbito de la ONU, ya desde finales de la década de los 40's, se contaba con los modelos de los derechos humanos que existían en los ámbitos nacionales, e incluso, desde la propia organización internacional se auspició el desarrollo de compilaciones de los textos sobre derechos humanos que existían en el mundo, y se trató de los pertenecientes a las constituciones vigentes en los años de 1929 a 1947-48.

¿Cuál es la importancia de lo anterior? En principio, ésta dependerá de quién busque una respuesta; en nuestro caso, es una importancia mayúscula en virtud de que actualmente se experimenta el “reconocimiento e incorporación de los derechos humanos de fuente internacional” en el texto de las constituciones. Se trata de un fenómeno denominado por los doctrinarios: *internacionalización de las constituciones* o internacionalización del derecho constitucional. Dicho proceso puede entenderse en su complejidad, siempre y cuando se tenga presente que se originó como una consecuencia de un fenómeno previo que puede denominarse:

*constitucionalización del derecho internacional*; ambos movimientos corresponden a un ciclo del derecho constitucional, o más propiamente un ciclo de los derechos humanos.

La segunda razón se encuentra relacionada con la anterior, y consiste en el reconocimiento a la labor del comparatista franco-ruso Boris Mirkine-Guetzévitch (o mejor dicho, publicista ruso-franco, pues adquiriría esa nacionalidad en 1933 una vez emigrado a Francia en 1920), así como de los profesores Alfonso Aulard y Ernesto Hamburger, quienes colaboraron con él en la selección y reunión de los textos constitucionales sobre derechos humanos existentes en el mundo, cada uno en una etapa de colaboración distinta; el primero, en Francia, y el segundo, en los trabajos a cargo de la de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en la década de los 40.<sup>111</sup>

Adelantamos que la Constitución es un elemento del Derecho que construye comunidad y tiene distintos significados, uno de ellos da cuenta de su carácter normativo donde puede insertarse la noción de los derechos humanos que se encuentran proclamados en ese documento, por lo que la vivencia misma de la Constitución es la vivencia de los derechos humanos. Los derechos humanos son también un medio por el que cada sociedad organizada políticamente se vincula con otras, o bien con otros órdenes jurídicos, es decir, son materialmente un punto de contacto entre las sociedades.<sup>112</sup>

Los derechos humanos y la Constitución son nociones complementarias que se han integrado al lenguaje de los juristas, y de manera paulatina, se trasladan al uso social o lenguaje de uso común, en un intercambio comunicativo cotidiano<sup>113</sup>, algunas formas de esa comunicación o bien, como simple información, utilizan como medio los discursos políticos, anuncios, procesos educativos o las vivencias

---

<sup>111</sup> Se reconoce en esa labor comparatista, la importancia crucial del derecho constitucional en la arquitectura del derecho internacional de los derechos humanos y la constitucionalización del derecho internacional, puede reconocerse en la etapa de Naciones Unidas, la labor dedicada a un plan general para la enseñanza de los derechos humanos, compuesta por varias secciones, en una de ellas, la jurídica-política, en la cual cobran especial importancia los textos constitucionales vigentes entonces.

<sup>112</sup> A manera de aclaración metodológica, señalamos que lo tocante al concepto de los derechos humanos es insoslayable, especialmente las ciencias y disciplinas sociales, y predominantemente en el derecho, sin embargo, conviene precisar que la finalidad de esta trabajo no aparta la mirada de la vigencia y ejercicio de los derechos humanos, y no en la utilización rigurosa de un método determinado, véase, Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 15ª ed., México, Porrúa, 2009, p. 60.

<sup>113</sup> Al respecto, para el representante de la Escuela Histórica, K. F. Von Savigny cuando refiere la idea del derecho científico, un derecho creado por los juristas, señala que el derecho en sus ramas específicas, a pesar de ser patrimonio de todo pueblo, no es posible fuera de su conocimiento, sino su simple divulgación uniforme, ver Savigny, Karl F. Von, "Los fundamentos de la ciencia jurídica", *Textos clásicos*, México, IJ-UNAM, 1981, p. 41.

personales, que incluso pueden significar la negación de esos derechos, generando un sentimiento de injusticia.<sup>114</sup>

Al igual que el conocimiento de todo lenguaje, el de los derechos humanos se *aprehende* mediante de su uso, y es entonces posible preguntarse por su naturaleza, lo cual se hace mediante el mismo lenguaje y por la adquisición de algún otro que contenga elementos que lo permitan explicar: elementos o conceptos técnicos.<sup>115</sup> De manera que, vistos como un lenguaje<sup>116</sup> e incorporados al mismo, los derechos humanos se legitiman<sup>117</sup> socialmente por su uso constante y se integran al sustrato cultural de los sujetos que utilizan ese lenguaje: los integrantes de la comunidad. Al igual que las lenguas (idiomas), el lenguaje de los

---

<sup>114</sup> En el caso de la vivencia, nos referimos a las situaciones en que el derecho se hace más evidente ante su negación o vulneración. Sobre esa temática, considerando que la experiencia del derecho puede hacerse a través de lo que se ha llamado sentido de la injusticia, como reconoce L. Recaséns Siches, al referirse a la obra *El sentido de la injusticia*, 1949, de Edmond Cahn, que lo describe de la siguiente forma: “El sentido de la injusticia constituye un factor general que opera en el derecho. Entre sus múltiples facetas figuran las exigencias de igualdad, la toma de consideración de los merecimientos, la dignidad humana, la adjudicación debida, la limitación del gobierno a sus funciones propias y el cumplimiento de las expectativas comunes.”, Recaséns Siches, Luis, *Experiencia Jurídica, Naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM - FCE, 1971, p. 122. Esta consideración cae dentro del ámbito de la psicología jurídica y una idea de injusticia elemental que coincide con un alejamiento de lo prescrito por las normas jurídicas, o bien una falta de protección al interés jurídicamente protegido que es identificado con el derecho subjetivo, ver Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, FCE, 1951, pp. 9-11.

<sup>115</sup> A propósito de la diversidad de conceptos que integran el lenguaje del derecho, pueden mencionarse algunos de sus tipos: conceptos jurídicos indeterminados (de contenido y alcance en gran medida inciertos), normativos (los que requieren de una valoración en orden a su aplicación frente a descriptivos (dan cuenta de una situación y no existe una valoración), y conceptos de estimación libre (se idearon como una explicación del porqué la administración determina su propio criterio de su actuación), *cf.* Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1967, pp. 137-147 y ss. La importancia de los conceptos para el derecho radica en que un lenguaje claro favorece la seguridad jurídica, que en primer lugar, corresponde al Estado su garantía mediante un orden positivo y obligatorio, ver Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, nota 12, p. 340.

<sup>116</sup> Siguiendo las ideas del lingüista Saussure que distingue entre palabra y lenguaje. Una palabra es un proceso individual, mientras que un lenguaje es universal y en un análisis científico del lenguaje no nos ocupamos de diferencias individuales, sino de un hecho social que sigue reglas generales, con independencia del individuo que hable. De lo contrario, el lenguaje no cumpliría su cometido principal, es decir, ser utilizado como medio de comunicación entre los miembros de una comunidad lingüística, ver Saussure, Ferdinand de, *Cours de linguistique générale*, París, 1922, s. p., en Cassirer, Ernest, *Antropología filosófica. Introducción a una filosofía de la cultura*, 10ª. reimp., trad. Eugenio Ímaz, México, FCE, 1982, p. 185.

<sup>117</sup> En su sentido más elemental, legitimidad significa aceptación general, para Weber ésta implica formas de dominación que pueden descansar en motivos que van desde la habituación, hasta consideraciones racionales con arreglo a fines, sus tipos son: racional tradicional y carismática, y son apoyadas respectivamente: en la creencia de la legalidad de las ordenaciones y de quienes están llamados a ejercer autoridad; en el segundo caso, en la santidad de las tradiciones y de quienes ejercen la autoridad, mientras que el último tipo descansa en características personales de ejemplaridad, santidad y heroísmo, así como en las ordenaciones reveladas o creadas por esos sujetos, ver: Weber, Max, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2ª. reimp., trad. de José Medina *et al.*, México, FCE, tomo I, 1974, pp. 170-173.

derechos humanos promueve un sentimiento que forma comunidad entre quienes lo emplean;<sup>118</sup> ese proceso de formación de comunidad se apoya en dos procesos: asimilación y reiteración, de manera que, la relación comunidad-lenguaje es un medio idóneo para que se mantenga y desarrolle el *sentimiento de los derechos humanos* que, como el derecho, se transforma al correr del tiempo; mientras los lenguajes naturales (idiomas o lenguas) intentan explicar la totalidad del mundo a través de palabras dotadas de significado, el lenguaje<sup>119</sup> de los derechos humanos se compone en esencia de elementos axiológicos y bienes que toman la forma del lenguaje jurídico<sup>120</sup> al que se incorpora e intenta dar cuenta de la extensión de lo humano.

La idea una analogía en la que los derechos humanos sean vistos como un lenguaje se apoya en el simple hecho de que transmitir y reproducir un

---

<sup>118</sup> Los derechos humanos pueden ser entendidos como un el lenguaje común de la humanidad, si consideramos a la humanidad como una comunidad lingüística asentada en un territorio, reconocida como tal (como humanidad) que ha desarrollado una lengua común como medio de comunicación y cohesión entre sus miembros, exactamente en el sentido que precisa la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos dada en Barcelona 6-9 de junio de 1996 en su artículo 1.1. en su parte inicial: “Esta Declaración entiende como comunidad lingüística toda sociedad humana que, asentada históricamente en un espacio territorial determinado, reconocido o no, se autoidentifica como pueblo y ha desarrollado una lengua común como medio de comunicación natural y de cohesión cultural entre sus miembros.” Pensada en una comunidad más amplia como lo es la humanidad, nos aporta elementos como: el desarrollo de una lengua común, la identificación con esa lengua y su reconocimiento como medio de comunicación y que esa lengua genera cohesión entre sus miembros. Todos son de gran relevancia, sin embargo, que la lengua sea una creación humana, puede ser el símil que buscamos transmitir con esta analogía, el desarrollo del lenguaje común de la humanidad, el lenguaje de los derechos humanos.

<sup>119</sup> La definición gramatical es más amplia y encierra a la lengua (sistema de comunicación verbal), como una de sus acepciones, véase, *Diccionario de la lengua española*, 21ª. ed., Madrid, Real Academia Española, tomo 1, 1992, p. 1243.

<sup>120</sup> El estudio del derecho como un lenguaje ha sido explicado ampliamente por influencias teóricas analíticas, y no se trata de esa visión la que deseamos expresar, de lo contrario tendríamos que hablar de las funciones lingüísticas del derecho donde tiene preeminencia el uso prescriptivo (compuesto de órdenes) y no es necesariamente aplicable ese modelo al estudio de los derechos humanos, aunque si bien su positividad produce obligaciones jurídicas para algunos sujetos, pensar los derechos que se enuncian en ese lenguaje representa una aporía (contradicción) los sujetos están “obligados a ser libres para...”, o bien, se enuncian, se ordena la creación de instituciones o se crean expresiones que describen el estado de las cosas o se interpretan disposiciones. Una descripción de los usos del lenguaje y las características del lenguaje se pueden encontrar en la obra de Genaro Carrió, *Sobre el Lenguaje y el Derecho*, 3ª. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pp. 19-22, sobre los usos del lenguaje. Para delinear la idea de que el lenguaje sirve a la constitución de la comunidad, una característica que nos interesa destacar se acerca a la citada por Sebastián Soler, referida al aspecto comunicativo del derecho, el cual a pesar de calificarse como un lenguaje construido por términos de textura abierta la cual es sujeta a la interpretación dada por distintos operadores, “el primer objeto de las normas consiste en que las gentes las entiendan, sin distinciones sociales y a pesar de sus grandes desniveles dentro de una misma comunidad.” En su obra *Fe en el Derecho y otros ensayos*, Buenos Aires, TEA, 1956, pp. 129-130, citado por G. Carrió, *op. cit.*, al Inicio del Apartado I. “1 Lenguaje Jurídico y lenguaje natural”, p. 75. Sobre el tema de la textura abierta del lenguaje y del derecho visto como tal, puede consultarse la obra de Herbert Leonel A., Hart, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, México, Editora Nacional, 1980, concretamente pp. 159-166.



pensamiento o conocimientos, requiere de un lenguaje como medio de intercambio. La comunidad y en plural, las comunidades, cada una en lo particular, se construyen como un elemento favorable al intercambio de esa naturaleza.<sup>121</sup> Una expresión elemental de ese lenguaje lo conforma su propio aseguramiento, en razón de que cada derecho humano es la protección jurídica “de algo” valioso o único, ya sea un bien como la vida, la propiedad, o una circunstancia, como la reputación, la vida privada o el medio ambiente, entre muchas otras realidades de que se ocupa. El lenguaje de los derechos humanos es práctico, fácilmente transmisible, ello no limita que se pueda profundizar en significación<sup>122</sup> de los términos que lo integran, teniendo en cuenta el la posición, edad, formación o especialidad de cada sujeto.<sup>123</sup>

Desde otra perspectiva, tomando en cuenta su aspecto material, los derechos humanos encarnan las diversas formas en que se expresa la humanidad, lo que significa que la propia condición *de ser* humano puede descomponerse o enunciarse a través de esos derechos (vida, salud, trabajo, educación) y parecer

---

<sup>121</sup> La sociedad actual se ha denominado sociedad global o sociedad del conocimiento, nuestro ideal es que esas denominaciones sufran un cambio cuantitativo y cualitativo que conduzcan hacia una “comunidad global” donde el elemento comunitario primordial, el lenguaje, sean los derechos humanos; las relaciones entre los miembros de esa comunidad requieren un medio para comunicarse; la tecnología desarrollada facilita la tarea, y los derechos humanos pueden ser motivo de esos intercambios. Los procesos de intercambio son procesos contemporáneos del derecho público y en la construcción de una comunidad que utilice como lenguaje a los derechos humanos, requiere la participación de actores individuales, colectivos, gubernamentales y no gubernamentales, tanto a al interior de los Estados como a nivel internacional.

<sup>123</sup> La Declaración universal de derechos humanos ha sido traducida a más de 438 lenguas, a continuación algunas acepciones y transliteraciones de cómo se enuncian: derechos del hombre, *droits de l’homme*, *Menschenrechte*, *human rights*, حقوق الإنسان (huquq al-insan árabe), Права человека (prava chelobeka ruso), Haki za binadamu (swahili), 人权 (rénquán, ch.), nahuatiltlacayotl (náhuatl). El artículo 1 de la Declaración Universal señala: *Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.* En 1978, Asociación mundial por la escuela como instrumento para la paz en Ginebra, utilizando el lenguaje de uso corriente elaboró una versión donde dicho precepto se enuncia: *“Cuando nacen, los niños son libres y cada uno debe ser tratado equitativamente, todos tienen razón y conciencia y debe comportarse amistosamente los unos con los otros”*, Declaración Universal, Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ONU, 2005, p. 105, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ABCannexessp.pdf> Por nuestra parte, ensayamos una versión aún más simple en el español actual de México: *“Todos son libres desde que nacen y siempre deben ser tratados igual (por igual o como iguales). Todos somos inteligentes y pensamos, y todos tenemos que ser amigos.”* Utilizando la tercera persona pl. todos y el verbo *deber ser* y *tener que*, se intenta en cierta forma desmontar de la estructura rígida del derecho el contenido de derechos humanos que está en la Constitución y trasladarlo al ámbito de lo comunitario. En el lenguaje del derecho público, algunas consideraciones importantes para el estudio de una determinada normatividad, como la del jurista y lingüista Peter Goodrich, al afirmar que el análisis de un código legal que sea teóricamente adecuado no puede desconocer las extensiones socioculturales del lenguaje en el cual se forma, así como sobre las traducciones jurídicas, expuestas en Goodrich, P., “The role of Linguistics in Legal Analysis”, *Modern Law Review*, Oxford, núm. 4, 1984, pp. 523 y ss., pueden consultarse en Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Introducción al Derecho Público Comprado*, trad. César Astudillo, México, UNAM-III, 2006, pp. 126-128.

una explicación bastante profunda del hombre; quizá esa sea la razón por la cual ese lenguaje resulta fácilmente apropiable y aprehensible, porque concibe al sujeto tanto en lo individual como integrando colectividades.

La incorporación lingüística “de los derechos humanos” en las sociedades contemporáneas se origina en actos jurídicos y en hechos que ocurren en la realidad que son evidentes y se tiene un conocimiento más o menos inmediato y completo, y no se requiere contar con una preparación académica profesional para conocerlos en la totalidad de sus consecuencias. Mientras que respecto de esos actos jurídicos pueden mencionarse algunos como son: la atribución de una jerarquía constitucional a las normas de los derechos humanos contenidos en los tratados ratificados por un Estado<sup>124</sup>; el establecimiento constitucional de principios que favorezcan la interpretación en favor de los derechos de la persona, la celebración de tratados con obligaciones directas y derechos subjetivos públicos en la materia; bien la producción de consecuencias jurídicas derivadas, como es la armonización del ordenamiento en sus diversos subórdenes de validez espacial, como lo es el legal, o bien en los ordenamientos constitucionales de las Entidades Federativas, e igualmente el material, persona y temporal), la emisión de una ley en materia en derechos humanos, el pronunciamiento sobre el contenido y alcances de un órgano internacional de carácter cuasi jurisdiccional o administrativo; también cabría la emisión, comunicación (notificación) y cumplimiento de una sentencia, por ejemplo, condenando a un Estado a establecer mecanismos de reparación de una violación a los derechos humanos de una persona o grupo de personas; la implementación de una política pública determinada, el establecimiento constitucional de mecanismos para la vigilancia de actos y leyes que no contravengan el texto constitucional, una lista que podrá extenderse.

Por otra parte, respecto de la incorporación lingüística debido a una relación causal de hechos que se originan en procesos sociales, apuntamos que históricamente, los procesos de transformación que decantaron en la positivación o positivización<sup>125</sup> de los derechos humanos pueden identificarse generalmente

---

<sup>124</sup> El caso mexicano reciente de la reforma de junio de 2011 es descrito en el profundo estudio de Carmona Salvador y Fix-Zamudio, Héctor, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2013. También puede consultarse una obra panorámica Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM-IIJ-SCJN, 2012.

<sup>125</sup> Conviene en este punto aclarar que existen diversas explicaciones para la idea del derecho positivo, algunos autores señalan que ese derecho corresponde con el derecho eficaz, el derecho que es obedecido o aplicado (Eduardo García Máynez), mientras otros autores lo identifican con aquellas normas puestas o establecidas por el ser humano, que rige por su validez formal, ver la referencia al pensamiento de García Máynez, en la parte relativa a los enfoques para el estudio de los derechos humanos, *infra*, nota 166 y a Luis Recaséns Siches en la nota 168. Lo que nos interesa señalar es que dichas concepciones (derechos humanos) se integraron a los ordenamientos de los Estados.

con guerras (revoluciones y luchas por la independencia), intervenciones humanitarias (independientemente de que tengan consecuencias jurídicas, son hechos históricos que motivaron su aparición); entre estos, los casos de Estados Unidos o Francia, en los cuales, el establecimiento de regímenes en los que se reconocieron derechos humanos nos remite a sus historias revolucionarias del siglo XVIII;<sup>126</sup> en dichas transformaciones constitucionales que llevaron al establecimiento de regímenes “democráticos”, el respeto de los derechos humanos constituyó su finalidad misma. En estos procesos se observaron no únicamente como cambios jurídico-sociales, sino como verdaderos paradigmas que se replicaron alrededor del mundo del siglo XVIII y XIX. Algunos ejemplos pertenecientes al siglo XX<sup>127</sup> se refieren al cambio de un régimen de economía socialmente planificada hacia uno liberal, o al desmembramiento de una nación como el caso de la antigua Yugoslavia que atravesaría una de las más graves historias del siglo XX con guerras civiles e intervenciones humanitarias, guerras de exterminio y limpieza étnica, donde el nivel de violencia motivó la participación de organismos internacionales y de organizaciones no gubernamentales; ese proceso finalizaría con la creación de varias naciones, entre ellas, la República de Montenegro, una de las naciones más jóvenes del mundo, y en la que, en materia de derechos humanos, su Constitución es reflejo de los crudos acontecimientos de los años 90’s, donde se vivió literalmente una cancelación en el ejercicio los derechos humanos; así, la protección de los derechos humanos en esa latitud, de acuerdo con su texto constitucional, reúne elementos constitucionales e

---

<sup>126</sup> Desde el punto de vista jurídico, podemos citar el valor de las revoluciones como elementos transformadores y como un tipo de “actos jurídicos” ilícitos con respecto a los ordenamientos, o las ideas del tratadista italiano Santi Romano, acerca de la violencia jurídicamente organizada, como también las ideas de Parese concernientes a que la revolución ha de considerarse jurídica en cuanto tiene implícito un elemento esencial del derecho: la organización, y la idea de Tosí, por la cual el derecho de la revolución es particularmente importante en la relación entre un orden antiguo y la conducción hacia un régimen posterior, ver Cattaneo, Mario, *Il concetto di rivoluzione nella scienza dell diritto*, Italia, Universidad de Milán-Instituto Cisalpino, 1960, pp. 17-18. Por otra parte, el problema de la legitimidad de los órdenes emanados de la revolución se analizan en su capítulo 2, pp. 99-114 de esa obra; llama nuestra atención el criterio de Condorelli que señala cómo después de una revolución, el nuevo ordenamiento jurídico no es instaurado por efecto de las declaraciones emergidas de los nuevos detentadores del poder, que proclaman la abrogación de los ordenamientos o la muerte del orden previo <decaduto l’antico regime> literalmente, la decadencia del régimen anterior, quien decide es la realidad, de modo que para ese autor, “la juridicidad es entonces, intrínseca en el hecho mismo, que por su intrínseca virtud es derecho”, Condorelli, O., “Ex facto oritur ius”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Italia, 1939, p. 590 y ss. Citado por Mario Cattaneo, *loc. cit.* p. 112.

<sup>127</sup> El siglo XX vivió la transformación de regímenes en diversas naciones como: Rumanía, Polonia y la República Federal Checa y Eslovaca (Checoslovaquia). No podemos olvidar a la Unión Soviética, ni los cambios que presencié nuestro continente, con las sucesivas dictaduras militares y las transiciones a la democracia, al respecto, ver Barba Solano, Carlos, “Mercado y democracia. Una nueva Europa Central: las enseñanzas de América Latina” en Barba Solano, Carlos, *et al.* (coords.), *Transiciones a la democracia en Europa y América Latina*, México, 1991, Flacso-Universidad de Guadalajara-Miguel Ángel Porrúa, pp. 121-139.

internacionales, donde los segundos conforman el orden jurídico y tienen supremacía sobre el orden jurídico interno, cuando regulen relaciones de manera distinta a como se hace en el orden doméstico. La importancia y más que eso, el papel central que se atribuye en ese texto a los derechos humanos es evidente, debido principalmente a la manera que reconoce su integración y supremacía con los derechos de fuente internacional (art. 9 y 17), son frecuentes las referencias a la dignidad de la persona y al trato que debe recibir cualquier persona, mayormente en caso de detención.<sup>128</sup> Es entendible que un ordenamiento jurídico originado de un proceso histórico tan cruento como el descrito, ponga en el lugar más prominente a los derechos humanos, a través de su elevación a la mayor jerarquía, incorporando a su memoria histórica y a su presente constitucional, la necesidad de su respeto; así, dicho en otras palabras, el conocimiento de los derechos humanos en una de las constituciones más jóvenes del mundo nos resulta útil debido a la relevancia histórica del documento, y que las constituciones expresan la vida de las colectividades, nos hablan de su pasado, reflejan su presente y proyectan su futuro, lo que desean. Desde otro ángulo, es evidente que el núcleo de los derechos humanos se mantiene en los textos constitucionales desde el amanecer del constitucionalismo.

Así, la Constitución se convirtió en un fenómeno mundial (universal) que inició en el constitucionalismo surgido en la desincorporación de la metrópoli e independencia de las colonias británicas y españolas, y como señalamos, en la

---

<sup>128</sup> Los hechos de la región hicieron necesario un contenido más o menos amplio y acabado de derechos en la Constitución de Serbia y Montenegro (antecesora de la República de Montenegro antes de su separación de Serbia). En su artículo 9, dicho documento señalaba la imposibilidad de afectar o reducir el nivel alcanzado sobre los derechos humanos, de acuerdo con su párrafo segundo: *"The achieved level of human and minority rights, individual and collective, and of civil liberties may not be reduced."* Mientras que el artículo 10 señalaba la aplicación directa de los tratados de derechos humanos: *"Article 10 Provisions of international treaties on human and minority rights and civil liberties applicable on the territory of Serbia and Montenegro shall apply directly."* Ver: [http://www.gov.me/en/Library/Other\\_documents?pagerIndex=2](http://www.gov.me/en/Library/Other_documents?pagerIndex=2) (consulta 21 de febrero de 2014). Esa disposición se complementó con la Carta de derechos humanos y de las minorías que se integraba a la ley fundamental, compuesta por 57 artículos. Ese documento constitucional igualmente establecía la prohibición de disminuir el "nivel alcanzado" en esos derechos, revocarlos o cambiarlos (art. 57) ver la misma página electrónica. El 21 de mayo de 2006 celebró un plebiscito por el que Montenegro decidía separarse de Serbia, la consecuencia fue la creación de un nuevo orden por su asamblea constituyente que votaría la nueva constitución el 19 de octubre de 2007. La protección de los derechos humanos de acuerdo con ese texto, se puede escribir como la reunión de elementos constitucionales e internacionales, donde los segundos conforman el orden jurídico y tiene supremacía sobre el orden jurídico interno cuando regulen relaciones de manera distinta a como se hace en el orden interno, véase: <http://www.skupstina.me/images/documents/constitution-of-montenegro.pdf> (consulta del 21 de febrero de 2014). Cabe señalar que entre las garantías constitucionales de ese texto, se enuncia en el art. 81 una figura llamada Protector de los derechos humanos, que es un autoridad independiente y autónoma que tomará medidas para la protección de los derechos humanos y las libertades con base en la Constitución y los tratados ratificados, apoyándose además en los principios de la justicia y la equidad, cargo que dura 6 años.

revolución Francesa, <sup>129</sup> donde el reconocimiento de los derechos del hombre o libertades fundamentales, como correspondió a la noción de los siglos XVII y XIX, se produjo como una *reivindicación popular* y nacional de la libertad que encontró cauce en esos movimientos.

Por otro lado, aunque la amplia variedad de circunstancias históricas que nos condujeron al momento actual, no son motivo del presente trabajo, sí podemos dar cuenta de cómo percibimos en la actual coyuntura a los derechos humanos y a la Constitución como fenómenos jurídicos globales, donde cada uno de los 194 Estados del orbe cuenta con una ley fundamental, ya sea escrita o compuesta por diversos ordenamientos, costumbres y precedentes, y en esos documentos, por regla general, se hace referencia a los derechos humanos. Particularmente, en el caso de las constituciones escritas, los derechos humanos o derechos fundamentales, como se identifican en el ámbito doméstico, tienen preeminencia frente a otras normas constitucionales, es decir, que aún en la máxima jerarquía de un orden doméstico como es la Constitución, existe un orden o prelación de normas, estas son las normas de derechos humanos.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> En el siglo XIX fue descrito por Ihering el origen del derecho como lucha contra la injusticia, proponiendo la tesis de que el derecho lleva consigo la visión contraria, si el derecho es una forma de solucionar conflictos y llegar a la paz, la lucha es el medio para lograrla, se trata de la lucha del derecho contra la injusticia donde, la lucha es condición de su existencia: fuerza y justicia son complementos recíprocos, ver: Ihering, Rudolph Von, *La Lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada y Biesca, México, Porrúa, 1982, pp. 1-4. Conviene recordar, a propósito de los hechos o actos como generadores de “normas”, aunque en realidad las revoluciones y las luchas generan sistemas u órdenes jurídicos enteros, de los hechos que crean o son conocidos como fuentes del derecho, esos hechos o fuentes conocidos también en la doctrina como los (*normenzeugende Tatbestände*) <<literamente hechos, procedimientos o aparatos productores de normas>>, las fuentes del derecho se han clasificado tradicionalmente en formales, reales e históricas. Siguiendo a García Máynez, las fuentes formales son los procesos de creación de las normas, mientras que las fuentes reales se identifican con aquellos factores y elementos que determinan el contenido de las normas; y determina como fuentes históricas a los documentos tales como inscripciones, papiros, libros, etc., donde se encuentran (existen) representaciones “*que encierran*”, aclara García Máynez; el texto de una ley o conjunto de leyes, y refiere como ejemplo de fuentes históricas del derecho romano a las Institutas, al Digesto, el Códex y las Novelas, véase, García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 30ª ed., México, Porrúa, 1979, p. 51. En otro contexto, la palabra *Tatbestand* equivale a tipo penal.

<sup>130</sup> Clasificación de las normas constitucionales por su forma de creación: legisladas y consuetudinarias; por su ámbito de origen: de fuente interna o de fuente internacional; por su vinculación con algunos órganos del poder: orgánicas (organizativas) y atributivas; de acuerdo a su labor en el sistema de garantía: derechos humanos y garantías constitucionales; asimismo, las normas constitucionales pueden ser mandatos del legislador cuando precisan su ejercicio; principios fundamentales del orden jurídico político (con un valor principalmente interpretativo); y normas de asignación de fines o programáticas, que imponen a los poderes públicos, una obligación y los vinculan al momento de interpretar una norma, como es el caso de normas identificadas con el constitucionalismo social. Esta clasificación se apoyó en la del profesor Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dickinson, 1992, pp. 70 y ss, en Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 94, p. 65. La máxima jerarquía de los derechos humanos en el ordenamiento, de acuerdo con Eduardo García Máynez se expresa como derechos de primer grado, señala: “los derechos subjetivos públicos reconocidos solemnemente por un gran número de constituciones, desde la época en que se promulgaron las de los Estados que más tarde habrían de formar parte de la Unión

En el siglo XXI, el concepto de ley fundamental entendida como un cuerpo de normas en el cual, las decisiones políticas fundamentales están dotadas valor supremo, se enriquece con la noción de derechos humanos, en algunos casos, señalamos, es una idea recuperada y reinterpretada de la evolución constitucional de los Estados, o debido a una influencia internacional, la transformación interna o la evolución del propio sistema político constitucional. Las decisiones políticas fundamentales se identificaban tradicionalmente con la soberanía popular, el establecimiento constitucional de un régimen democrático (parlamentario o presidencial), la división de poderes, o la forma federal o central, como la forma de estado asumida, y se atribuía al constituyente la decisión sobre esas decisiones<sup>131</sup>. Sin embargo, la transformación constitucional de este tiempo nos conduce necesariamente a localizar entre las decisiones políticas fundamentales, al reconocimiento de los derechos humanos, tanto a los originados al interior del sistema como a los de fuente internacional.

La incorporación o reconocimiento de esos derechos constituye una decisión política fundamental, es decir, una decisión de Estado<sup>132</sup>, pero no una decisión de gobierno; ello quiere decir que no compete tomarla a los detentadores del poder exclusivamente, si bien participan en esos procesos del derecho público sobre la positivización de esos derechos e implica para ellos los deberes encaminados a garantizar su cumplimiento, efectividad y exigibilidad, y a que la promoción de los derechos y su respeto, se convierta en una actividad permanente de toda autoridad, con independencia del orden al que pertenezca, o el tipo de función pública que realice.

Actualmente, sería impensable convocar a un congreso constituyente para decidir en asamblea nacional si se debe o no favorecer el sometimiento o reconocimiento de una o varias jurisdicciones e instancias especializadas que operan en el nivel supranacional e internacional, las que podrían determinar la responsabilidad estatal internacional por la vulneración de esos derechos; de igual modo, sería excesivo que una asamblea constituyente emita una nueva ley fundamental que permita y genere mecanismos para el cumplimiento de las resoluciones de

---

Americana, son facultades jurídicas de primer grado, fundantes de otras tantas de libertad.”, ver de este filósofo del derecho, *Introducción a la lógica jurídica*, 3ª. ed., México, Colofón, 1991, p. 223-224

<sup>131</sup> Canudas, Luis F., “Irreformabilidad de decisiones políticas fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, tomo v, núms. 18-20, abril-diciembre de 1943, pp. 48 y 49. Para este autor, las decisiones fundamentales se describen como la forma de ser de un pueblo, su ser político.

<sup>132</sup> No debe confundirse con el término razón de estado, pues detrás de éste, un término del siglo XVI, se encuentra la idea de dominio, de manera que la razón de Estado en una primera acepción se entiende como el instrumento para mantenerse en el poder y organizar el principado o la república. En otro sentido, consiste en el arte oratorio para poner en práctica los medios para establecer y conservar cualquier forma de república. En otro sentido se identifica con la prudencia política es una buena “consulta” (el juicio y la identificación de los medios, para decidir sobre los mayores bienes del gobierno, *cfr.*, ver Settala, Ludovico, *La razón de Estado*, trad. Carlo Arienti, México, FCE, 1988, pp. 45-51.

condena, como pueden ser mecanismos efectivos para la reparación en materia de derechos humanos; ello compete a las legislaturas constituidas y a los tres órganos del poder, de igual manera, les es correspondiente la incorporación y la responsabilidad de armonizar los ordenamientos de acuerdo con los estándares internacionales, con miras a su aplicación interna. Esos procesos del derecho público se presentan pausadamente y dependían en tiempos más o menos recientes, de la voluntad de quienes detentan algún tipo de poder estatal. En el caso de nuestro país, dicha responsabilidad existía desde que suscribió y ratificó los tratados de derechos humanos de los que ahora es parte, mas no se originó exclusivamente a partir del reconocimiento constitucional de derechos de fuente internacional, por ejemplo, con respecto del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos.<sup>133</sup>

### **A) La Constitución transnacional a partir de su contenido en derechos humanos**

En la historia del pensamiento existen conceptos que no han encontrado una definición completa, definitiva o que abarque todas sus posibles expresiones, sin embargo se encuentran presentes en cada época y los pensadores han dedicado algunas reflexiones al estudio de esos conceptos o realidades que se califican de debido a su permanencia en el pensamiento humano, y no exclusivamente a que sean ideas “puras” o sus manifestaciones universales, v. gr. “lo bueno”. La idea de universal sugiere a su vez la de lo particular, de eternidad y de propiedad natural de las cosas, a esta última consideración se le conoce como falacia naturalista, es decir, la atribución de una propiedad de las cosas derivada de la naturaleza. La universalidad se encuentra en las cosas o en las palabras que las designan.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> Ese instrumento fue adoptado y abierto a la firma por la Asamblea General de la ONU, mediante su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, en la ciudad de Nueva York, México se adhirió hace casi 33 años, el 23 de marzo de 1981, pero entró en vigor en México el 23 de junio de 1981. Es decir, que desde entonces, sus disposiciones comenzaron a hacerse obligatorias internacionalmente para México, sin embargo, su publicación en el Diario Oficial de la Federación fue hasta el 20 de mayo de 1981. Lo anterior no significa que esos derechos hayan estado ajenos o no formasen parte de la realidad jurídica, pues han permanecido incorporados a los textos constitucionales y legales desde hace ya décadas, sin embargo, quizá nunca habían logrado tanta fuerza y significación jurídica e impacto social y humano, como sólo puede darlo la enunciación en un texto constitucional.

<sup>134</sup> La idea de nociones universales es una cuestión que ha ocupado a la mayoría de los pensadores, y puede entenderse como aquella característica que se obtiene por abstracción mediante una actividad de la mente, en el estudio del pensamiento aristotélico, el universal es cualidad de las cosas, señala M. Beuchot que: “Lo que existe son los entes individuales, concretos y sensibles, pero a partir de ellos, por abstracción se obtiene la forma universal que es el contenido del concepto, y en cuanto tal, existe en muchos y se predica de muchos. El individuo es objeto de experiencia sensible y el universal es objeto de intelección científica a partir de lo empírico. El universal hace posible la predicación, pues se puede atribuir a muchos. El universal es predicado por excelencia...”, Beuchot, Mauricio, *El problema de los universales*, México, UNAM, 1981, p.53

La Constitución es una construcción jurídica universalizada, es decir, adoptada por la totalidad de los estados del mundo, como la forma para organizarse con una estructura jurídica básica, que asume la forma más elemental toda organización política, la que a su vez, se integra por otras construcciones del mismo rango entre las que se encuentran las normas sobre derechos humanos, las cuales también se han universalizado, es decir, adquirido su presencia a nivel global al igual que la Constitución (de la que en el ámbito interno son parte elemental) y se han incorporado al lenguaje normativo y al lenguaje común de algunas sociedades, es por esa razón que en el siglo XXI las normas de derechos humanos se encuentran en camino a convertirse en el *lenguaje común de la humanidad*, y en cierta medida ya lo están siendo.

Tanto la Constitución como los derechos humanos han seguido caminos independientes en ese proceso de universalización (mundialización), aunque en nuestro tiempo no se entiende el concepto de constitución ajeno a los derechos humanos, lo que supone una *noción transnacional* de Constitución, particularmente de su contenido de derechos humanos.<sup>135</sup> En distintos momentos

---

<sup>135</sup> El término transnacional fue utilizado por el profesor Philip Jessup apoyado en las ideas de los profesores Schwarzenberger, Rabel e Inglis, para designar todo el derecho que regula eventos, los cuales trascienden las fronteras estatales e implicaba cuestiones civiles y penales, así como situaciones transnacionales que incluyen individuos, corporaciones, Estados y otros grupos; desde su planteamiento inicial, el concepto transnacional ha sido objeto de diversas perspectivas y pueden mencionarse los ejemplos del derecho comunitario europeo y el derecho penal internacional, de manera que, a lo largo de su desarrollo, el derecho transnacional ha sido considerado como un cuerpo jurídico híbrido que se aplica en el entorno de las Naciones Unidas y sus agencias y organismos especializados como UNESCO y la Organización Internacional del Trabajo; desde su planteamiento inicial, reconoce el profesor Jessup, que este derecho sugiere la eliminación de la fronteras entre las distintas ramas del derecho. Este paradigma del derecho irrumpió quizá con el reconocimiento de que tanto el derecho nacional como el internacional pueden ser directamente aplicables por el individuo, *cfr.* Jessup, Philip, C., "The Present State of Transnational Law", en Bos, Maarten (edit.), *The Present State of International Law and Other Essays written in honour of the Centenary Celebration of the International Law Association 1873-1973*, Países Bajos, Kluwer B. V., Deventer, 1973, pp. 339-344. El acceso directo ante organismos jurisdiccionales no debe entenderse en ese contexto, puesto que en el caso que nos ocupa, se refiere a la misma consideración del individuo como sujeto de ese derecho transnacional, producto del proceso evolutivo del derecho público: un orden legal transnacional de Estados, pueblos y el individuo. Por su parte, Wolfgang Friedman planteó una extensión del derecho internacional hacia diversos campos con miras al bienestar internacional, y nos presenta cómo entiende G. Schwarzenberger, *The frontiers of international law*, Reino Unido, Stevens & Sons, 1962, en, Friedman, Wolfgang, *La nueva estructura del derecho internacional*, México, Trillas, 1967, p. 90. Es importante tener en cuenta cómo desde hace 47 años se adelantó claramente parte de lo que se convertiría en el contenido actual del derecho internacional y del derecho de los derechos humanos, en ese entonces, en una clara postura orientada desde lo internacional, Wolfgang Friedman describió al derecho internacional en su expansión como un derecho cooperativo, cuya universalidad estará determinada por su contenido, de tal manera que habría normas con una mayor tendencia a su universalidad como puede ser las comunicaciones sobre las que se desarrollaron tratados, lo que constituyó un reflejo de una comunidad internacional de intereses; así, la formulación de las "normas comunes" depende de la comunidad de intereses, valores e instituciones en una sociedad estrechamente unida y limitada. En el tema del "trabajo", las diferencias en la organización política y normas económicas hacen difícil alcanzar la universalidad. La cooperación



de la historia, la ruta de los derechos humanos y de la Constitución se han distanciado y en otros se cruzan; ocasionalmente, los entrecruzamientos son tan cerrados que no se puede distinguir uno del otro, se fusionan Constitución y derechos humanos, materias que pertenecen por completo al derecho público de ambos, una misma naturaleza y una misma realidad: la *realidad transnacional del derecho público* que no abarca únicamente los aspectos sustantivos, sino también llega al derecho adjetivo.<sup>136</sup> Vale mencionar también que en la actualidad, además de la aproximación entre los sistemas de protección, se desarrolla una influencia recíproca en los tribunales constitucionales.

En su significado contemporáneo ese derecho transnacional en construcción se apoya fundamentalmente en los derechos humanos desde su aspecto positivo, y en las decisiones de los organismos jurisdiccionales especializados, como son las cortes de América, Europa y África; en decisiones de organismos no

---

internacional efectiva en cuestiones culturales y educativas o en la protección de los derechos humanos, depende de una correspondencia de valores que por el momento es inalcanzable en escala mundial, pero que se puede llevar a cabo entre grupos limitados de naciones, la realidad del mundo y del derecho se ha transformado. Desde otra perspectiva cercana, el constitucionalista y comparatista español Manuel García Pelayo en su obra, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, pp. 138 y ss, utiliza el concepto de “sociedad transnacional”, a partir de la idea del sociólogo Raymond Aron --según apunta el maestro argentino Germán Bidart Campos-- para el profesor español, “La noción de sociedad transnacional apunta al conjunto social que resulta de las interacciones directas entre actores pertenecientes a sociedades de distintos Estados; esos actores son individuos o entidades cuyas acciones eventual o permanentemente trascienden las fronteras de sus Estados. --y añade Bidart que -- el maestro español se reserva el término ‘sociedad transnacional’ para las relaciones no estatales, o sea las que protagonizan actores no gubernamentales, por cuanto si hay intervención del Estado o de los Estados en los fenómenos de la sociedad transnacional, ya corresponde adoptar otro vocablo: el de política transnacional.” Bidart Campos, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, México, UNAM-III, p. 438.

Como un ejemplo de la transversalidad de los derechos humanos se puede advertir en el reciente llamamiento de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, urgiendo la creación de una comisión que investigue las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario cometidos durante la guerra civil en Sri Lanka, que finalizó en mayo de 2009. El Consejo de Derechos Humanos, mediante la resolución A/HRC/25/L.1/Rev.1 del 26 de marzo pasado, acogió esa propuesta y exhortó al gobierno de ese país para que siga las recomendaciones de esa Comisionada y realice una investigación independiente sobre las violaciones tanto a los derechos humanos y como al derecho internacional humanitario. Dicha resolución, que se encuentra disponible en: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HRC/25/L.1/Rev.1&referer=http://www.ohchr.org/E N/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14459&Lang=S](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/25/L.1/Rev.1&referer=http://www.ohchr.org/E N/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14459&Lang=S) (consulta del 23 de febrero de 2014) es una clara muestra del carácter transversal de los derechos humanos que se encuentra debido a su naturaleza, con las normas humanitarias, con los que comparte la protección de la persona humana, junto con el derecho de refugiados.

<sup>136</sup> Algunas consideraciones en torno a la formación de un derecho que pueda abarcar la totalidad de seres humanos, se remonta al siglo XVII, Emanuel Kant y Jeremías Bentham plantearon la posibilidad de un derecho de contenido cosmopolita, que sería distinto del derecho internacional (esencialmente europeo), en el que la idea de instancias para resolver controversias como un tribunal de la humanidad se vislumbraba. Anteriormente, en el nacimiento del pensamiento internacionalista de Vitoria se había establecido la idea de un *totus orbis*, una sociedad organizada jurídicamente.

jurisdiccionales; en esta noción, los precedentes doctrinales son importantes para entender y delinear su contenido.<sup>137</sup>

Los derechos humanos adquieren múltiples expresiones, una de ellas, de la mayor importancia para esta aproximación, es la que se manifiesta a través del lenguaje del derecho saliendo de un sustrato “metafísico” teórico o eidético (de las ideas), para incorporarse a una construcción jurídica que se lleve al mundo práctico: una Constitución, un tratado o una ley. La Constitución, extrayéndose de su solemnidad e integrada a un mundo de normas jurídicas, ocupa el lugar preponderante entre los ordenamientos de un sistema jurídico. El derecho puede verse como un lenguaje especializado que desarrolla conceptos<sup>138</sup> los cuales se explican en relación con otros de su misma naturaleza, son comunicables y describen las relaciones entre personas y objetos de una colectividad en un lugar y tiempo precisos. Por otra parte, puede entenderse como un metalenguaje (lenguaje de segundo orden) en el que los elementos o conceptos del derecho encuentran una significación particular; como todo lenguaje, el derecho se encuentra integrando ese conjunto de elementos, categorías, e ideas que pueden salir de esas fronteras o límites de un sistema jurídico, un ordenamiento, y transitar entre diversos sistemas jurídicos, pues encuentran una significación análoga.<sup>139</sup> Además, los conceptos del derecho pueden ser entendidos desde

---

<sup>137</sup> Los derechos humanos de las Constituciones contemporáneas corresponden en la mayoría de los casos con una parte interna, propia u originaria y, mediante la adopción de tratados que consignan derechos a través de cláusulas de reconocimiento, comparten un importante elemento transnacional, por lo cual, puede hablarse de la existencia de Constitución con un carácter transnacional, cuando se haga referencia a al contenido que se integra por disposiciones de esa naturaleza, es decir, los derechos humanos que son derechos transnacionales.

En la actualidad, se ha calificado tanto al derecho de los derechos humanos (contenidos en tratados), así como los precedentes jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales, como conformando un derecho común: *ius commune*; esa idea tiene aceptación entre los doctrinarios de dos de los principales sistemas de protección de los derechos humanos: Americano y Europeo. Aún no se ha adoptado ese calificativo para identificar al Sistema Africano y de Naciones Unidas, aunque en cada caso se generan precedentes sobre los importantes temas de los derechos humanos.

Por otra parte, puede mencionarse que la doctrina identifica al constitucionalismo contemporáneo presente en las declaraciones de derechos en los niveles como un *constitucionalismo multinivel o red*, en el caso de los sistemas estatutarios (Estatutos de Autonomía) que resulta aplicable a los estados federados, ver Aparicio Wilhelmi, Marco, *La construcción de un orden público constitucional complejo. Derechos y constitución en el Estado español como Estado Autonómico e integrado en la Unión Europea*, México, IJ.UNAM, 2009, p. 73 y ss.

<sup>138</sup> Algunos conceptos del derecho encuentran sentido entre conceptos del mismo orden, pero no significa que su contenido se extraiga del mismo derecho, sino que su contenido puede ser axiológico, social, pueden corresponder con un fin determinado, regular una actividad específica, con relación a los conceptos del derecho.

<sup>139</sup> A manera de ejemplo, la noción de propiedad tiene un significado particular en todas las naciones del continente americano, con excepción de la República de Cuba, donde existe una noción colectiva de la propiedad, la de tipo comunista (art. 15), con la propiedad individual o la propiedad personal que incluye los ingresos y ahorros procedentes del trabajo propio, la vivienda y los objetos que sirven para la satisfacción de

otros ámbitos comunicativos, ámbitos del saber. Los conceptos del derecho, ya sea que aparezcan en un texto legal, en una decisión jurisdiccional o en los textos de los tratadistas, comúnmente tienen una significación axiológica, protegen o consagran un valor que forma parte de las normas, de los preceptos como de los ordenamientos en su conjunto. Las consideraciones de esta naturaleza no son privativas de la disciplina jurídica<sup>140</sup>, sino que es común a la mayoría de los campos del saber, principalmente en estudios sociales, donde es frecuente encontrar más de una perspectiva que pueda explicar sus objetos. En el derecho, el uso de conceptos que tienen más de una significación es un fenómeno común, por ejemplo, el vocablo obligación cuenta con una definición gramatical y una significación jurídica, es decir, según su uso puede corresponder con una formulación técnica y otra que escapa a ese encasillamiento debido a su uso común (no por juristas), así ocurre con los términos de democracia, justicia, el concepto de bienestar, igualdad, equidad, e incluso con el concepto de los derechos humanos.

---

las necesidades materiales y culturales de la persona, así como las modalidades de propiedad cooperativa , (arts. 22.1 y 23); o el caso de la República de Venezuela que suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969 y lo ratificó el 23 de junio de 1977, pero la denunció el 10 de septiembre de 2012, sin embargo establece en su texto constitucional de art. 22.3 la vigencia de los derechos humanos en las cárceles, solo por citar la expresión “derechos humanos” en ese texto constitucional, contiene varios capítulos uno sobre derechos individuales (arts. 58-71), otro sobre derechos sociales (art. 72-94), derechos económicos (art. 95-109), derechos políticos (arts. 110-116), a la vez que reconoce el derecho de asilo de acuerdo con el derecho internacional (art. 116); surge la duda ¿conforme a cuales derechos se deben entender vinculados con ese sistema jurídico cuando se encuentra unido al pacto de derecho Civiles y Políticos de Naciones Unidas desde el 24 de junio de 1969, cuando lo suscribió y ratificó el 10 de mayo de 1978? Sin mencionar el derecho de asilo en Latinoamérica y las normas sobre refugiados del sistema de Naciones Unidas que se entiende integran junto con el derecho humanitario, el núcleo de los derechos humanos en su aspecto internacional, véase, Cañado Trindade, Antonio, “Derecho internacional de los refugiados y derecho internacional de los derechos humanos: aproximaciones y convergencias”, *Escritos Jurídicos. Un homenaje a César Sepúlveda*, México, UNAM-III, 1995, pp. 25-46; y del mismo autor, *Las tres vertientes de la protección Internacional de los derechos de la persona humana: derechos humanos, derecho humanitario, derecho de los refugiados*, Porrúa, México, 2003; esa distribución permite afirmar que una función primordial del derecho internacional respecto de la gama de disposiciones y campos que abarcan los derechos del hombre, consistió en la sistematización de los derechos humanos y sus instrumentos, actualmente esta función ha desarrollado con amplitud la interpretación de los alcances de éstos.

<sup>140</sup> Respecto de la importancia de los conceptos, conviene tomar en cuenta la noción de Guillermo Leibniz, quien considera que: “La Doctrina del derecho pertenece a las ciencias que dependen de definiciones ... (las proposiciones de que trata) son proposiciones condicionantes y tratan no de lo que realmente existe, sino de lo que, supone tal o cual existencia, debe ser, no tiene su punto de partida en los sentidos, sino en una intuición clara y distinta, que Platón llamaba idea (...)”, en: Leibniz, Guillermo G., *Tres ensayos: El Derecho y la equidad. La justicia. La Sabiduría*, 1ª. reimp., trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 2009, p. 7. Para ese autor, la metodología consistiría en reunir usos verbales y tomar lo que les es común, y mediante la comparación de experiencias para formular hipótesis, y análogamente, por comparación, llegar a definiciones, *op. cit.* p. 8.

No es la significación del derecho como un metalenguaje lo que queremos dejar en claro, aunque sí, el lenguaje en alguna de sus expresiones: oral, escrita, simbólica, cuenta con universalidad, lo que nos interesa señalar consiste en apuntar que el concepto de derechos humanos al que se le ha atribuido la característica de universalidad, traspasa las fronteras de los sistemas jurídicos y están en camino a convertirse en un lenguaje común de la humanidad.<sup>141</sup>

## **B) Diversidad y universalidad de los derechos humanos**

La Declaración y el Programa de Acción de Viena del 25 de junio de 1993, emanados de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, proclamaron en su punto 5 los caracteres de universalidad, indivisibilidad<sup>142</sup>, interdependencia e interrelación de los derechos humanos, que actualmente son mencionados de

---

<sup>141</sup> Además de tener cierto impacto o carga ética, la expresión atribuida a los derechos humanos como el lenguaje común de la humanidad es la enunciación vinculada directamente con el ejercicio de los derechos humanos, al menos así lo considera la ONU en sus parámetros o indicadores del año 2012, documento elaborado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ACNUDH, para promover la realización de los derechos establecidos en la Declaración Universal. Así fue el mandato dado al ACNUDH por la Asamblea General en su resolución 48/141 del 20 de diciembre de 1993, la Declaración y Programa de Acción de Viena y el Documento de la Cumbre Final de 2005, el documento referido se denomina *Indicadores de derechos humanos 2012. Guía para la medición y la aplicación*, Nueva York-Ginebra, 2012; éste fue elaborado para la medición de la efectividad en el goce o ejercicio de los derechos humanos y toma en cuenta los derechos de esa expresión universal y no los de los tratados posteriores, aquí se manifiesta la expresión de los derechos humanos como *lenguaje común de la humanidad* referido a las necesidades humanas que son medibles, ver p. 11 de ese documento. La expresión *lenguaje común de la humanidad* fue usada por el Secretario General de las Naciones Unidas Boutros-Boutros Ghali, el 14 de junio de 1993 en el discurso de apertura de la Cumbre o Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena, Austria, quien los identificó como un instrumento de referencia y un proceso de síntesis: “Como instrumento de referencia, los derechos humanos constituyen el lenguaje común de la humanidad gracias al cual todos los pueblos pueden simultáneamente comprender a los demás y escribir su propia historia. Por definición, los derechos humanos son la norma última de cualquier política.” Consultado en <http://www.educares.com.ar/derhum2.htm> (consulta del 25 de febrero de 2014) del Proyecto de Formación Ética y Humanidades Colegio Gabriel Taborín en Argentina; el Programa de Acción de Viena tuvo como resultado que una división artificial que jerarquizaba los derechos humanos y ponía en segundo lugar a los derechos económicos sociales y culturales, se deshiciera; asimismo, uno de los grandes resultados del Programa de Acción de Viena se concretaría primero, con la Creación de un Alto Comisionado para los Derechos Humanos, años más tarde, en mayo de 2013, con la entrada en vigor del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, [http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_Spanish.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf) (consulta del 01 de junio de 2014). La expresión se usó antes por UNESCO en la década de los 70, en UNESCO, Medium Term Plan, 1977-1982, Doc 19 c/14, p.7, en Vasak, Karel (edit.), *International Dimensions of human Rights. Textbook for teaching of human Rights at university level*, UNESCO, 1979, p. IV.

<sup>142</sup> La proclamación de Teherán del 13 de mayo de 1968, estableció la lucha contra el colonialismo, el *apartheid* y proclamó la autodeterminación de los pueblos, al tiempo que señaló la indivisibilidad e interrelación, de los derechos humanos, esta última de manera indirecta, en el punto 13 de ese documento, véase: Montaña, Jorge, *Las Naciones Unidas y el Nuevo orden Mundial. 1945-1992*, México, FCE, p. 6 y ss; y la *Proclamación en Derechos Humanos, Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, México, núm. 34, diciembre de 1998, pp. 139-141.

manera casi automática y dogmática, y se apoyan en el Estado<sup>143</sup> al que extraen de toda particularidad religiosa histórica y cultural, para establecer su deber de promoción y protección de esos derechos y libertades fundamentales; de manera tal que pensar la universalidad de los derechos humanos no significa necesariamente la cancelación de la diversidad cultural en favor de una idea hegemónica o la prevalencia de la interpretación única y válida de los derechos, tanto mundialmente como en cualquier contexto cultural, económico y en cualquier tradición o sistema jurídico. Los derechos humanos representan un ejemplo de unidad en la diversidad, una unidad en cuanto a su concepto y diversidad en cuanto a sus especificidades o caracteres particulares, orientaciones, objetivos y bienes que son materia de protección.

La universalidad es una pretensión que seguramente se convertirá en una realidad en algún momento de la historia, cuando esa universalidad pueda convivir con la diversidad del ser humano, no solo en el plano jurídico, sino étnico y cultural. La pretensión por sí misma es una manifestación universal de los derechos humanos, la cual cuenta con su propia proyección universal. Los derechos humanos representan la mejor oportunidad para que el ser humano realice sus aspiraciones, y eso se expresa en el contenido de las declaraciones e instrumentos internacionales que son el conjunto de lo deseable para el ser humano, tanto en lo individual como en comunidad; la diversidad de sentidos con los que se identifican esas nociones o los contextos donde pueden tener una significación, se debe precisamente a la diversidad humana, que en sus manifestaciones básicas: lingüística, cultural y religiosa, construyen la identidad de individuos y comunidades e impactan y determinan la conformación del sistema jurídico que se desenvuelve en una tradición jurídica determinada.<sup>144</sup>

En la convivencia de sistemas entre sí, o de varios subsistemas al interior de un sistema, el derecho constitucional encuentra un medio idóneo para que tengan expresión los derechos humanos y puedan alcanzar efectividad, más allá del carácter de desiderátum jurídico que les es atribuido cuando se cuestiona su posibilidad material o eficacia. No se debe perder de vista que las normas de derechos humanos tienen una importante función en la construcción de

---

<sup>143</sup> Esta concepción del Estado como sujeto de obligaciones internacionales no es compatible con nuestra idea del Estado donde el elemento humano no es sino su condición necesaria, aquí, el Estado significa organización, persona jurídica o ficción jurídica que actúa a través de la administración: con *imperium*.

<sup>144</sup> Como señala John H. Merryman, una tradición jurídica es “un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona al sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro de un ámbito cultural.”, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. Carlos Sierra, México, FCE, 1980, p. 15.

comunidad cuando se trasladan por el mismo efecto lingüístico, a la totalidad del sistema jurídico y del sistema de relaciones entre los sujetos, ya sea en el plano de las relaciones personales o privadas, o bien en las que se pueden entablar con entidades públicas, relaciones jurídicas o de otra índole, adquirirán entonces mayor expresión los derechos humanos, cuando crezca el número posible de las relaciones que tienen lugar entre los seres humanos. Es mediante la transmisión de la idea que sustenta cada una de esas relaciones, basada en un tipo de derecho elemental o forma de la libertad, que se va edificando un sentimiento de comunidad que parte de la base constitucional y se perfecciona, vive en la comunidad y se renueva constantemente, un auténtico sentimiento de los derechos humanos: *Menschenrechtesgeföhle*.<sup>145</sup>

Ese sentimiento de los derechos humanos traspasa la separación que crearon las fronteras entre derecho público y privado;<sup>146</sup> esas diferenciaciones en realidad obedecen a una finalidad pedagógica, al buscar un mejor entendimiento del objeto que se estudia, pues entre las áreas del conocimiento jurídico no existen fronteras; por el contrario, existe colaboración, engranaje o trabazón entre las materias en que se descompone la realidad de lo jurídico. El sentimiento de los derechos humanos tiene un importante sustento en la posibilidad que tienen éstos de ser objeto de un diálogo, este sentimiento se desarrolla en la convicción de que los derechos humanos son materializables.

### **C) Diálogo en derechos humanos: hacia un derecho común**

Los derechos humanos puede ser vistos como un lenguaje y tienen una función comunicativa, la cual se favorece cuando se integran a un proceso dialógico que no se limita a los operadores del derecho, aunque éstos tienen un papel importante en dicho proceso; en su noción más elemental un diálogo es

---

<sup>145</sup> Esta reflexión es más o menos expresada, aunque en sentido inverso por Ihering, al señalar la fuente del sentimiento legal, este autor la ubica en el derecho privado: "Puede pues afirmarse que en el derecho público y en el de gentes vienen a recogerse los frutos cuya semilla ha sembrado y cultivado la Nación en el derecho privado. En las profundidades de ese derecho, en los más pequeños detalles de la vida, es donde debe formarse lentamente la fuerza que atesora ese capital moral que el Estado necesita para poder realizar su fin. La verdadera escuela de la educación política no es para un pueblo el derecho público, sino el derecho privado, y si se quiere saber cómo una nación defenderá en un dado caso sus derechos políticos y su rango internacional, basta saber cómo el individuo defiende sus derechos en la vida privada." Ihering, Rudolph von, *op. cit.*, nota 127, p. 91. Con respecto al sentimiento de los derechos humanos o *Menschenrechtesgeföhle*, éste se transmite hacia cada sujeto y se encuentra en todos los aspectos de su vida, el sentimiento de los derechos humanos tiene como su principal vehículo a la propia Constitución, Ihering apunta hacia el derecho privado y luego amplía esa posibilidad hacia todos los ámbitos de la vida privada, la vida de cada sujeto.

<sup>146</sup> Gracias a Eduardo García Máynez, tenemos noticia de un trabajo constituido por 104 tesis sobre *El criterio de oposición entre derecho público y privado* a cargo de J. Höllinger, que es mencionado en la referencia a la obra del sociólogo Georges, Gurtvich, *L'ideé du droit social*, p. 13, en García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, nota 127, p. 133, vale recordar que García Máynez insiste en que la falta de distinción teórica entre el derecho público y privado.

intercambio comunicativo, movimiento o flujo de información significativa, en el presente caso, de información jurídica significativa donde existen diversos participantes: juzgadores, creadores del derecho, destinatarios de los derechos, así como otros intérpretes que forman parte de órdenes diversos.

La construcción de un diálogo en derechos humanos encuentra sus raíces en la concepción del “derecho público” forjada en el siglo XIX e inicios del XX, la cual es retomada por diversos autores contemporáneos;<sup>147</sup> dentro de ella se reconocen algunos elementos que conforman la columna de un derecho común, compuesta por los derechos humanos plasmados en instrumentos jurídicos y la creación de estándares tanto jurisdiccionales, como no jurisdiccionales sobre esa materia. En nuestro país, la doctrina y la práctica jurisdiccional se perfilan hacia la posibilidad de buscar soluciones a los problemas jurídicos en fuentes que abarcan las decisiones de organismos de garantía de los derechos que operan en distintos ámbitos, ya sea tanto a nivel regional, como al interior de cada Estado donde encuentran eco; lo que significa la conformación de un diálogo que se evidencia en la transmisión de los criterios desarrollados en distintos sistemas e instrumentos de protección de los derechos humanos, y que tiene por finalidad la creación de parámetros más adecuados para su protección.

Así, el diálogo puede darse a nivel *intersistémico*, por ejemplo, entre tribunales europeo-interamericano-africano. Lo conveniente es que se realice como un diálogo multidireccional y no exclusivamente un flujo de criterios o interpretaciones que va de un organismo que forma parte de un sistema, hacia los demás integrantes del sistema; la información de ese flujo puede ayudar en la formación de principios generales, el verdadero valor de un diálogo radica en el mejoramiento progresivo de su materia: la extensión de determinado derecho; los resultados de este diálogo en derechos humanos, en principio, deben permear en todas las estructuras de gobierno y en general, estar al alcance de todas las autoridades (*diálogo intrasistémico*), lo que significa que el diálogo debe ser abierto debido a su propia naturaleza material (los derechos humanos) hacia los operadores no jurisdiccionales, y ese intercambio de experiencias, tanto las generadas en la práctica de los operadores jurisdiccionales, como de los no jurisdiccionales debe mantenerse fluyendo, insistimos, generando modelos que favorezcan los estándares más protectores.

La vigencia de ese diálogo depende en gran medida de la posibilidad de alcanzar gran difusión entre la sociedad y no solo entre juristas, sociedad civil, academia,

---

<sup>147</sup> Bogdandy, Armin Von, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde la perspectiva europea” en: González Pérez, Luis Raúl y Valadés Diego, *El Constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, respectivamente, 39-66; Michel, Valerie, “El Estado y el derecho supranacional. El derecho regional”, en Valadés, Diego, *et al.* (coords.), *Ideas e Instituciones Constitucionales en el Siglo XX*, México, Siglo XXI Editores - UNAM, 2011, pp. 414-426.

instituciones gubernamentales, es decir, se trata de un diálogo socialmente accesible. El diálogo favorecerá la vigencia y efectividad de los derechos humanos y la creación de un derecho común regional o mundial (universal) en derechos humanos.<sup>148</sup> Los aspectos de garantía de los derechos son una parte importante, pero no la única en el desarrollo de la noción del derecho común, un lugar destacado es aquel que desarrolla la justicia constitucional como un elemento de intercambio de experiencias sobre la protección de derechos, aunque no se trata de una idea nueva, pues su historia reciente nos muestra cómo se fueron construyendo los cimientos a partir de los sistemas de protección interna e internacional; los sistemas internacionales de protección desarrollan estándares que sirven a las jurisdicciones nacionales para orientar sus decisiones. Este diálogo ha repercutido en el establecimiento de una consciencia jurídica común y comunitaria en América Latina que tiene por base la protección de los derechos humanos, construida a través de la justicia constitucional, como señalara Mauro Cappelletti, en la referencia que comparte Héctor Fix-Zamudio, en el año de 1955, cuando el jurista italiano finalizara una conferencias en la Facultad de Derecho de la UNAM, en su emotivo comentario:

“El genio del hombre ha descubierto el instrumento más perfeccionado de esta relativización’, de esa ‘positivización’ de lo absoluto, a través de la *justicia constitucional*; pero al fin como instrumento humano, está sometido como todos los instrumentos creados por el hombre, a cambios, errores e imperfecciones. Por medio de esta institución se confía a jueces imparciales la *humanización de lo absoluto* y la concretización de los supremos valores, que serían fría y estáticamente irrealizables, si se conservaran encerrados y cristalizados en las fórmulas normativas de la Constitución. Por ello podemos concluir en el sentido de

---

<sup>148</sup> En la idea sobre los derechos humanos que culturalmente asimilamos, éstos se nos presentan con cualidad de universal, en realidad debemos hablar de universales porque son un grupo de objetos o conceptos jurídicos con características que sólo ellos pueden tener para corresponder a esa noción. Si en lo particular parecen tan diversos el derecho a una nacionalidad, por ejemplo, respecto del derecho a la presunción de inocencia, con respecto, por ejemplo, al derecho a la seguridad social (arts. 11, 15 y 22 de la Declaración Universal) entonces, ¿en qué consiste la noción de la “derechohumanidad” que se transmite y a la vez forma parte de otras realidades que integran ese grupo? De existir como una unidad la característica o idea de derecho humano, ¿dónde se encuentra la “derechohumanidad”?, ¿es posible conocerse o sólo a través de sus manifestaciones que son los derechos en lo particular? Otra cuestión, si un ordenamiento nombra derechos humanos a una serie de normas, ¿los derechos contenidos en ese ordenamiento se convierten en derechos humanos? y con relación a las cuestiones a la efectividad de los derechos humanos, es decir, ¿el derecho procesal de los derechos humanos convierte en derechos humanos a dichas normas exclusivamente gracias a su efectividad? Desde una perspectiva jurídica, los derechos humanos son un ámbito de lo jurídico o para garantizar su protección deben sustraerse de la pura consideración jurídica e incluirse en una especie de derecho supralegal, es decir, ¿estos derechos existen como derechos en un ámbito superior o ajeno al derecho y a la vez de que forman parte de los ordenamientos? Son cuestiones que significan pensar el estatuto ontológico jurídico (es decir, el ser de esas realidades) de los derechos humanos y a la postura epistemológica que los explica.



que la justicia constitucional es la vida, la realidad y el porvenir de las cartas constitucionales de nuestra época.”<sup>149</sup>

En el desenvolvimiento del diálogo en derechos humanos deben participar en lo posible, las autoridades encargadas de la aplicación de los derechos humanos (en tanto normas positivas), incluyendo a los dispuestos en ordenamientos como los determinados mediante resoluciones jurisdiccionales, recomendaciones y acuerdos de solución, para que los problemas que se ocurren en la práctica de las resoluciones sobre derechos humanos.

El diálogo en derechos humanos incluyente hace posible la gobernanza, un término que poco a poco va ganado terreno en las disciplinas sociales, la cual que trasladada al ámbito de los derechos humanos, significa una posibilidad de tomar lugar, si no en las decisiones con respecto a una situación jurídica determinada, si sobre la manera en que los mecanismos de protección funcionan.

En referencia al aspecto sustantivo de los derechos en ese diálogo, vuelve la duda recurrente sobre una noción unitaria o universal sobre los derechos humanos, cuando la idea de un derecho sustantivo puede tener distintas interpretaciones; para ejemplificar esta cuestión, algunos derechos como son el derecho a la protección de la salud, a la educación, al aseguramiento de la libertad de expresión, a la protección del ambiente, respecto de los cuales se han incorporado de manera muy semejante en el lenguaje de uso común en todo el mundo, y también al jurídico, y a pesar de esa incorporación pueden reconocerse diferencias culturales sobre el contenido y a la preeminencia de algunos derechos sobre otros, ello podría suponer una contravención respecto de la pretendida universalidad de los derechos. Un ejemplo puede consistir en el significado que adopte la libertad de creencias en México, en relación con la idea que se tenga esa libertad en algún estado europeo como Francia, y su oposición al uso de una

---

<sup>149</sup> Ese discurso final aparece en una obra que 10 años después, sintetizaría la evolución de los sistemas de protección interna y proyectaría el futuro del Sistema Interamericano de los derechos humanos, se trata de Héctor Fix-Zamudio, en *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional: 1940-1965*, México, UNAM, 1968, p. 163. Esta obra, proyectada en 1965 con motivo de una conferencia sobre el tema, también en la Facultad de Derecho de la UNAM, abarca 25 años en la historia jurídica del mundo, al dar cuenta de los antecedentes y la situación de los sistemas de justicia constitucional particulares de ese entonces; toma como punto de partida el año de 1940 y elabora una descripción de la justicia constitucional en algunos Estados del continente americano, para luego describir cómo se desarrolló en diversos países asiáticos y africanos recién independizados; en seguida, estudia algunos sistemas europeos y sin dejar de asomarse a la justicia constitucional en Estados de tendencia socialista, proyecta bajo el título la “Supremacía del control judicial” una descripción del momento actual, señalando además la “Posibilidad de un Amparo Latinoamericano” que corresponde con una extrapolación de la terminología conocida en México y de gran influencia en varias naciones del continente; asimismo, se contaba con la experiencia Europea de la Corte de Derechos Humanos que inició sus funciones en 1953, así como de la Comisión Europea creada en 1955. Apuntamos, que esta obra describe como en una prospectiva del futuro más o menos inmediato, se presenta el desarrollo del actual Sistema Interamericano a través del “Futuro de la Justicia Constitucional”.

determinada vestimenta con motivo de la libertad religiosa, o la extensión de esa misma libertad en el crisol de la India, o en Afganistán, a pesar de que existen documentos que plasman en su ámbito cultural a los derechos humanos.<sup>150</sup> El diálogo en derechos humanos se encuentra en desarrollo y no será una obra acabada, debido a la progresividad de los derechos y a que es la materialización de un proceso.

A pesar de que los derechos humanos se enuncien de la misma forma en uno u otro contexto cultural, nacional y jurídico, regularmente tienen una distinta significación y su ejercicio será diverso, pues la posibilidad de unificar la idea de los derechos humanos encuentra de inicio, un obstáculo cultural que tiene consecuencias jurídicas importantes, aun cuando se recoja la misma expresión derechos humanos en los textos constitucionales del mundo entero. Mientras que en ciertos contextos, aunque el derecho humano pudiera tener una idéntica significación, la posibilidad material de su aseguramiento es distinta, en Noruega y en el Haití, por ejemplo, aunque sería posible exigir que el Estado garantice el derecho a la alimentación de su población, a la protección de la salud, o a la educación, no es posible encontrar la misma respuesta ni posibilidad material o económica.<sup>151</sup> Lo que deseamos expresar es que además del factor cultural, el

---

<sup>150</sup> En el mundo islámico, por ejemplo se han elaborado distintos ensayos y declaraciones sobre los derechos humanos, un ejemplo reciente lo conforma la *Carta árabe de los derechos del hombre* del 22 de mayo de 2004, que entró en fuerza el 15 de marzo de 2008, y se originó en la Liga de Estados Árabes. Ese documento hace una remisión directa a la dignidad del hombre de origen divino la cual no corresponde con nuestra noción occidental de la dignidad; acerca de esa Carta véase Rouvillois, Frédéric, *op. cit.*, nota 92, p. 201. Una edición electrónica puede consultarse en la Biblioteca de Derechos humanos de la Universidad de Minnesota: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/loas2005.html> (consultada el 3 de marzo de 2014). Existen algunos antecedentes a esta declaración como son las declaraciones de los Derechos Humanos de la Organización de la Conferencia Islámica (organismo de carácter religioso que agrupa 56 naciones) emitidas en 1979, 1981 y la más cercana a la de 1990, conocida como la Declaración del Cairo sobre los Derechos del Hombre en el Islam, adoptada mediante la resolución No. 49/19-P, véase, Ávila Hernández, Flor M., "Derechos humanos y cultura en el siglo XXI. Las áreas declaratorias de derechos", *Cuadernos PROLAM/USP*, São Paulo, Brasil, año 4, núm. 7, vol. 2, 2005, p. 77-101, concretamente pp. 87-91, disponible en: <http://www.usp.br/prolam/cadernos.htm#7> (consulta del 3 de marzo de 2014). Debe mencionarse el proyecto del 31 artículo elaborado por la Comisión Árabe de Derechos Humanos que en el marco de la Liga Árabe y con el apoyo de la ONU, comenzaría sus trabajos en El Cairo, Egipto el 3 de marzo de 1969, con la finalidad de elaborar un Proyecto de Declaración de derechos Humanos; esa comisión interrumpió sus trabajos y el 10 de septiembre de 1970 se nombraría por el Consejo de la Liga Árabe (Resolución 2668/30) un Comité de Expertos; en el periodo del 24 de abril al 10 de julio de 1971, el Comité de Expertos presentaría su proyecto a los estados miembros, ver Butros-Ghali, Butros, "The League of Arab States", en Vasak, Karel (edit.), *The International Dimensions of Human Rights. Textbook for the teaching of human rights at university level*, Paris, 1979, pp. 584-596.

<sup>151</sup> Véase, Duverger, Maurice, "Fundamentos Económicos de la libertad", *Janus*, Argentina, núm. 5. Libertad e historia, abril-junio de 1966, pp. 55-61. Se trata de una breve reflexión donde contraponen las corrientes dominantes: socialismo y el pensamiento occidental (como él lo denomina, aunque en realidad debemos decir no socialismo para no situarnos en una de ellas, pues el socialismo es una ideología surgida en occidente) en torno al problema del ejercicio de las libertades. Duverger considera con razón, que el

ejercicio de un derecho humano en un sitio u otro del globo, puede encontrarse determinado por un factor económico.

Es un hecho notorio que, frente a las objeciones razonables a la posibilidad de universalizar la idea de los derechos humanos y la inexistencia de una idea fundamental también universal del hombre, de la cultura y de referente teológico,<sup>152</sup> la tecnología ha posibilitado un gran acercamiento entre la humanidad y de hecho, el diálogo en derechos humanos es material y tecnológicamente posible; no sugerimos que la tecnología esté diluyendo la diversidad de lo humano, lo que deseamos subrayar es cómo las posibilidades tecnológicas de la actualidad favorecen el intercambio de experiencias y visiones del mundo y de las ideas mismas de los derechos, lo cual ha permitido que se vayan moldeando ideas como la que se refiere al nacimiento de un derecho común entre sistemas que mantienen una comunicación intensa, permanente. No dudamos que quizá estemos en la antesala de una nueva etapa del pensamiento jurídico que quizá pueda conducir al acrecentamiento de los llamados conceptos jurídicos fundamentales, mediante la incorporación de los derechos humanos a esa categoría básica del pensamiento jurídico. Si bien, los conceptos jurídicos fundamentales se encuentran a lo largo del ordenamiento y enuncian características generales del conjunto normativo, y dependiendo del sistema jurídico, estos tendrán una significación diversa, los derechos humanos pueden ser una vía paralela en el pensamiento jurídico mundial. En cierto sentido, los derechos humanos se encuentran integrados al conjunto de conceptos que forman la dogmática del derecho constitucional, y además están dotados de *transversalidad* jurídica, lo que significa que sus contenidos abarcan distintas áreas del conocimiento jurídico en diferentes proporciones, encontrando puntos de contacto con las diversas áreas del derecho y han adquirido presencia en

---

ejercicio de la libertad depende de un acto económico y otro cultural, la libertad no es pensable ante la presencia de las necesidades básicas no cubiertas.

<sup>152</sup> Panikkar, Raymundo, "¿Es occidental el concepto de los derechos humanos?", *Diógenes*, México, núm. 12°, 1982, pp. 85-116; y Sousa Santos, Boaventura de, "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", *El otro Derecho, Bogotá*, Colombia, ILSA, núm. 28, julio de 2002, pp. 59-85. Igualmente arriesgado sería ubicarnos en una posición relativista extrema pues constituiría un obstáculo incluso la posibilidad del estudio de cualquier institución fuera del orden social o conglomerado donde surge; un relativismo extremo parece cerrarse bajo la justificación de su autenticidad y originalidad de su objeto, por citar un ejemplo, no podríamos llamar derecho sino a los fenómenos construidos bajo la construcción occidental del mismo y tendríamos nos obligaría a estudiar esas realidades desde su concepción del mundo, a ubicarnos en cada caso en sus elementos fundamentales, en su idioma, etc. donde quizá no existan términos que nos permitan explicar la realidad, sin dejar de pensarla desde nuestra concepción del mundo, de la cultura, del hombre. Si bien es cierto, los derechos humanos son una construcción occidental, también lo es que existen construcciones en el pensamiento jurídico de la humanidad entera que se han enfocado en la protección de los bienes que son comunes como la libertad, la vida, la educación, etc.

sistemas y tradiciones jurídicas diversas al derecho común y al sistema anglosajón.<sup>153</sup>

La transversalidad de los derechos humanos se ha consolidado en la práctica jurisdiccional mediante la emergencia de un derecho común que funciona en el ámbito supranacional con instrumentos como son las cortes de derechos humanos que se desempeñan a nivel hemisférico-continental: Corte interamericana, Corte Europea, Corte Africana, por mencionar a los tribunales supranacionales que completan los llamados sistemas de protección de los derechos humanos. Esos tribunales supranacionales de derechos humanos no funcionan desvinculados de los sistemas constitucionales estatales que protegen el ejercicio de los derechos humanos, ya que su funcionamiento completa a los sistemas domésticos de los que son subsidiarios y complementarios.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> Con respecto a la “transversalidad” jurídica ésta también se refleja o debe hacerlo, hacia dentro de un ordenamiento doméstico, impactando diversos ordenamientos o bien varios sectores de un ordenamiento, tomando como ejemplo el derecho a la vida o a la protección de la vida humana, encontramos cómo este derecho se consagra en los diversos ordenamientos que inician en el orden constitucional; se encuentra plasmado en diversas legislaciones que le protegen, es el caso de normas del derecho penal que establecen a la vida como un bien jurídico tutelado. En el caso particular de la interrupción del embarazo, no se puede privar de la vida al producto de la concepción, sino cuando tenga malformaciones o ponga en peligro a la madre. Por otra parte, determinar el momento de la concepción o establecer un plazo de tres meses o más, es una cuestión que está inmersa en el debate permanente de los derechos humanos. Otros ejemplos también resguardados por el derecho penal pueden ser la eutanasia, el homicidio y la pena de muerte. La expresión vida se refiere también a la forma en que esta se vive, es decir, el medio donde se desarrolla y que sea adecuado, aquí se encuentra el concepto de derecho a la vida en relación con del derecho a un medio ambiente adecuado, frente al cual no debemos perder de vista el aspecto del derecho administrativo en el que se desarrolla el derecho ecológico. Por otra parte, se encuentran fuertes lazos con la protección de la salud como una expresión del derecho a la vida, esto sin perder de vista que el derecho a la protección de la salud se encuentra consagrado como un derecho humano en su individualidad, al igual que lo es el derecho a un medio ambiente saludable. Como se observa, es una cuestión transversal cómo se desarrolla esa realidad llamada vida, y el derecho humano a la vida, ver: Fix- Zamudio, Héctor, “La protección jurídica de la vida en México y en el mundo”, en León-Portilla, Miguel y Sarukhán, José, *Pensar la vida*, Ediciones Era- El Colegio Nacional, 2011, pp. 221 y 257.

<sup>154</sup> La importancia de los principios de subsidiariedad y complementariedad de los organismos del ámbito internacional, implica respecto del primero, que el Estado cuente con la oportunidad de atender una situación sin la necesidad de someterse directamente ante una jurisdicción supranacional; una expresión clara es el requisito del agotamiento de recursos internos para acceder a instancias internacionales, como en el caso de la presentación de alguna petición ante la Comisión Interamericana, de acuerdo con lo señalado en el inciso a) del numeral 1. del art. 46 de la Convención Americana de Derechos humanos. La subsidiariedad es reconocida como un principio del derecho internacional consuetudinario, como se expresó en el la situación de la Corte Internacional de Justicia en el Caso Interhandel de Suiza contra Estados Unidos de 1959, “(...) es una regla del derecho internacional consuetudinario bien establecida (...) que asegura que el Estado en donde ocurrió la violación tenga la oportunidad de repararla por sus propio medios, dentro del marco de su propio sistema jurídico interno.”, Rey Cantor, Ernesto y Rey Anaya, Ángela M., *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, IJ-UNAM – Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Themis, 2005, p. 50. Pero no sólo en materia adjetiva se aprecia este principio, se ha propuesto un aspecto sustantivo de la subsidiariedad en tres aspectos: a) complementariedad entre los catálogos de derechos de los tratados y de los establecidos

El funcionamiento de dichos tribunales en la interpretación de normas que se pretende tengan valor universal, se encuentra conformando lo que se ha denominado derecho común o *ius commune publicum*, el cual se ha planteado en la doctrina, en dos versiones europea e interamericana.

Surgen interrogantes interesantes a partir del uso de la categoría *ius commune*: ¿ante el nacimiento de un derecho público supranacional surge la necesidad de replantear el concepto de constitución política?, ¿cómo deberán actuar las instituciones del derecho público nacional cuando se están generando estándares o parámetros supranacionales que se encuentran marcando grandes pautas de comportamiento y razonamiento jurídicos para los operadores principalmente jurisdiccionales?, ¿cómo incentivar un intercambio bidireccional tribunal constitucional-tribunal supranacional en lugar de que fluya de los sistemas nacionales? ¿Estamos en presencia de una garantía supranacional de los preceptos constitucionales? Otro cuestionamiento que podemos hacer estriba en conocer si los sistemas de protección que funcionan en la actualidad reflejan su actividad en la vida diaria de la población como es la pretensión de universalidad de los derechos humanos. Plantear una respuesta a estos cuestionamientos implica el estudio del concepto de derecho y de la idea establecida detrás de él, o mejor dicho de la idea generadora, el espíritu de la norma jurídica, la cual se tratará desde los enfoques que brevemente trataremos. No corresponde por el momento, intentar una respuesta contundente, por lo pronto, diremos que las relaciones entre dos conceptos jurídicos universales, o al menos con pretensión

---

en ordenamientos jurídicos nacionales; b) universalidad de los derechos humanos y la formación de un orden público basado en el *jus cogens* que genera obligaciones *erga omnes*, y c) pluralidad de sociedades nacionales. La subsidiariedad encontraría apoyo en el artículo 1.1 de la Convención Americana que señala la obligación estatal de respetar los derechos: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, en relación con los artículos: 2 por el que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades; 8.1, relativo a las garantías judiciales, por el que se establece el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de cualquier carácter; 25.1, que establece el derecho a un recurso sencillo rápido y efectivo, y en el en el artículo 29.b del mismo tratado: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, véase Toro Huerta, Iván del, “El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, IJ-UNAM, 2007, pp. 28-33.

de universalidad: los derechos humanos y la Constitución conforman nuestro punto de partida.

Nos referiremos a la posibilidad de aquellas nociones jurídicas como universales<sup>155</sup> en varios sentidos: a) las producidas por el aseguramiento o establecimiento constitucional, como una noción que se ha extendido a lo largo del mundo e ingresado al contenido de prácticamente todos los ordenamientos de ese rango (es la más antigua y se refiere a que la misma consagración en un ordenamiento es una mínima garantía de su efectividad que evidencia la intención de su obediencia, su certidumbre); b) a través de la incorporación de normas internacionales a los ordenamientos domésticos que establecen derechos humanos u obligaciones de su respeto, vigilancia y protección; y c) como consecuencia de las anteriores, por la creación de organismos supranacionales de garantía de esos derechos como son tribunales especializados o mecanismos (*cuasi jurisdiccionales*) especializados, para la decisión de controversias y que pueden establecer responsabilidad estatal para el caso de su vulneración. Es necesario además, tener presente la existencia de obligaciones estatales como las señaladas en los artículos 1 y 2, de la Convención Americana, para respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, o de cualquier índole, origen nacional, social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social de todo ser humano (art. 1), como una expresión de esa universalidad, frente al correlativo deber de los Estados de adoptar de acuerdo con sus procedimientos constitucionales y las disposiciones medidas legislativas o de otro carácter, si es que no existen, para hacer efectivos esos derechos (art. 2).

---

<sup>155</sup> Debemos reconocer que la existencia de ideas universales “atemporales” (inmutables), encontraría una objeción al señalarse que han surgido en la tradición occidental, la cual se apoya en una visión del mundo judeo-cristiana y debe considerarse que existen otras visiones del mundo, otras ideas sobre las fuentes del derecho. En nuestra visión occidental, por ejemplo, las fuentes del derecho no tienen en su base la religión o en alguna idea teocrática, y la expresión más cercana que tenemos de un sistema teocrático es el Vaticano, cuyo sistema jurídico se apoya en el derecho canónico. Sin embargo, a diferencia de otros sistemas como ocurre con los hadices del derecho islámico, no se siguen las enseñanzas de Jesucristo en la resolución de un caso, mientras en sistemas de países islámicos, las funciones legislativas se comparten entre Dios y sus normas, en esos sistemas existen normas positivas que son aplicables a materias como la mercantil y administrativa, además de la Constitucional donde se incluye a los derechos humanos. También, es posible hallar algunas expresiones de sistemas no occidentales al interior de Estados en los cuales existe alguna manifestación de la diversidad cultural, expresada principalmente por la presencia de pueblos indígenas.

## II. Constitucionalización del derecho internacional e internacionalización de las constituciones

Una forma de entender este proceso de universalización de los derechos humanos se puede realizar a través de la adquisición del carácter universal por el derecho constitucional. En la actualidad, nuestro país,<sup>156</sup> al igual que otras naciones latinoamericanas y europeas, tanto en los ámbitos académicos, gubernamentales y no gubernamentales, se advierte un movimiento importante en torno al tema de los derechos humanos, particularmente en torno a los consignados los tratados regionales como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el ámbito de Naciones Unidas, de los pactos de derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales.

En América Latina y Europa, la efervescencia de los derechos humanos se ha centrado en el ámbito de los precedentes jurisdiccionales de las cortes de derechos humanos y en el impacto que tienen en las funciones de algunos poderes del Estado. Se ha puesto poca atención sobre mecanismos especializados y en otros criterios jurisprudenciales que son de gran utilidad para la eficacia de los derechos humanos. Ese fenómeno tiene su origen histórico en la internacionalización de las constituciones, o desde otro punto de vista, en la constitucionalización del derecho internacional. Aunque pareciera que nos referimos a cuestiones diversas, en realidad se trata de los extremos de un mismo movimiento, la materialización de *un ciclo jurídico*, o movimiento permanente, aunque visto desde momentos históricos diversos y que se desarrolla en la continuidad de la idea de los derechos humanos por encima de las fronteras de lo estricta y particularmente estatal.

La internacionalización de las constituciones y la previa constitucionalización del derecho internacional pertenecen al pasado cercano en la historia constitucional

---

<sup>156</sup> En el caso particular de México, este gran impacto se refiere al valor o jerarquía constitucional que se reconoce a esos derechos, cuando se integran al ordenamiento mediante la suscripción de los instrumentos internacionales, como señala el artículo 1° constitucional. Ese precepto establece que las normas de derechos humanos deben interpretarse en favor de la persona, en todo tiempo, procurando su interpretación más amplia. Lo cual significa la consagración del principio *pro persona*. No obstante, desde nuestra perspectiva, a efecto de cumplir la finalidad de la interpretación más favorable, debió incluirse además a aquellas normas que no son de derechos humanos, estableciendo el deber de su interpretación, de acuerdo con las normas e interpretación de los primeros, de manera que se buscara entonces sí, la interpretación más benéfica hacia la persona, como establece la fracción segunda del artículo primero; Mientras que hubiera resultado oportuno, vincular la mención del deber de todas las autoridades sobre el respeto, promoción, vigilancia y garantía de los derechos humanos en el ámbito de sus competencias, con la interpretación *pro persona*, en el mismo párrafo. Las obligaciones estatales de prevención, investigación, sanción y reparación de las violaciones a los derechos humanos que deberán hacerse en los términos que establezca la ley sobre reparaciones que no se ha expedido, como ordenó el párrafo tercero del artículo 1° y el artículo segundo transitorio del decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

del mundo que ocurrió a inicios del siglo XX donde cronológicamente puede ubicarse a la constitucionalización de los contenidos del derecho internacional. Esta “primera fase” significó la transmisión de la idea de los derechos humanos que operaba en el nivel de lo estatal, y se presentó como la influencia de los derechos nacionales en la conformación de la noción sobre los derechos humanos que se sintetizó en la declaración universal y posteriormente, en los pactos de derecho humanos. El derecho internacional se constitucionalizó con la adopción de las materias que no correspondían al ámbito de lo interestatal, es decir, de aquellos fenómenos que se encontraban formando parte del acervo de la protección estatal.

Los derechos humanos mantuvieron su desarrollo en ambas vías, interna e internacional (donde se incluye el ámbito regional). El segmento más reciente de este fenómeno consiste en la internacionalización de las constituciones, y no significa necesariamente el reconocimiento de un nivel jerárquico entre los derechos nacionales y los órdenes universal y regionales, sino la incorporación de los derechos humanos a los ordenamientos constitucionales y más tarde a la influencia de las decisiones generadas en ámbitos extraestatales sobre las decisiones en materia de derechos humanos, orientando a los operadores “domésticos.”

Debe tenerse en cuenta que los derechos humanos de los tratados se incorporaron a los ámbitos de validez de los Estados de conformidad con el orden constitucional.<sup>157</sup> Los tratados eran derecho vigente a partir de su incorporación por los procedimientos constitucionales para la entrada en vigor de una norma de origen internacional (art. 133); sin embargo, las constituciones en general, comenzaron a incorporar las normas internacionales de derechos humanos y a reconocer su importancia, lo que señalamos al inicio como la fundamentalidad, tal es el caso de la Constitución de Colombia publicada en la *Gaceta Constitucional* No.116 de 20 de julio de 1991, en cuyo art. 93 se encuentra la cláusula de incorporación.<sup>158</sup> De manera similar, la Constitución argentina del 3 de enero de

---

<sup>157</sup> En nuestro caso el artículo 133 de la Carta Fundamental señala el lugar que tuvieron los tratados de derechos humanos como ley suprema; dicho concepto de ley suprema era de una notoria ambigüedad y fue hasta fechas más o menos recientes que algunos criterios jurisprudenciales determinaron el orden de los tratados en el derecho mexicano, tal fue el caso de la tesis del rubro: TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, México, t. X, núm. 192,867, P. LXXVII/1999, noviembre de 1999, p. 46.

<sup>158</sup> “Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.” En [http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion\\_General/constitucion\\_politica.pdf](http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf) (consulta del 11 de julio de 2014)



1995 estableció en el numeral 22 de su art. 75, relativo a las facultades del Congreso el nivel supralegal e infraconstitucional que ocupan los tratados en general, así como la jerarquía constitucional y la función complementaria de diversos instrumentos de derechos humanos, e incluso se enuncian las declaraciones americana y universal.<sup>159</sup>

Las constituciones reconocieron expresamente la función complementaria de los derechos que formaban parte de su ordenamiento y provenían de una fuente internacional (convencional, como la llaman). En el caso de nuestro país no se entendió con claridad el fenómeno de la incorporación e inicialmente fue la jurisprudencia el medio para determinar el sitio que ocuparon las normas de derechos humanos en la solución de conflictos. Al respecto, una tesis aislada del año 2010, del rubro siguiente fue clara al aportar algunos elementos: “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN.”<sup>160</sup>

El proceso de internacionalización de las constituciones no se puede entender sin una etapa aún previa que significó la expansión mundial de la idea de declaración

---

<sup>159</sup> “Artículo 75.- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.”

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.” <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> (consulta del 11 de julio de 2014)

<sup>160</sup> Dicha tesis señaló que: “Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.” Registro No. 164509, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXI, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito mayo de 2010, página 2079, tesis: XI.1o.A.T.45 K, Tesis Aislada.

de derechos acompañada de la idea de Constitución, un fenómeno que se remonta al pasado constitucional moderno de América y el Mundo.

### **III. La declaración de derechos como ejemplo de internacionalización constitucional**

Los antecedentes de internacionalización de una idea constitucional se remontan a los ejemplos estadounidense y francés. Las declaraciones de derechos de las excolonias británicas<sup>161</sup> (Declaración de Virginia) y la emanada de la asamblea francesa (Declaración de Derechos el Hombre y del Ciudadano) significaron el pensamiento liberal más avanzado que influyó en la independencia de la metrópoli europea, en nuestro caso, la emancipación de las colonias españolas en América,<sup>162</sup> dicho movimiento tuvo lugar a lo largo del siglo XIX, como testifican los sucesivos documentos constitucionales que explican el inicio de la expansión del constitucionalismo en Europa y América. Entre las naciones americanas que adoptaron una carta, podemos referirnos a Argentina (1891, 1926, 1853), Colombia (1811, 1843, 1853, 1858, 1863, 1886), México (1824,<sup>163</sup> 1836, 1847, 1857).

---

<sup>161</sup> El 15 de mayo de 1776, el Congreso de Filadelfia invitó a las colonias a realizar una Constitución, sin embargo, dos colonias conservaron sus antiguas cartas coloniales Connecticut (1662) y Rhode Island (1663); las restantes colonias e inclusive la Declaración del propio Congreso de los Estados Unidos atribuida a Tomás Jefferson, seguirían el modelo de la Declaración de Virginia que precedía a su Constitución del 12 de junio de 1776, el cual fue elaborado por Jorge Mason, que sería influido a su vez por Santiago Madison; Virginia seguiría a Pennsylvania (28 de septiembre de 1776), Maryland ( 11 de noviembre de 1776, Carolina del Norte (18 de diciembre de 1776), Vermont (8 de julio de 1777), Massachusetts (2 de marzo de 1780), New Hampshire (31 de octubre de 1783, que entraría en vigor hasta el 2 de junio de 1784); no hay declaraciones en los documentos constitucionales de Nueva Jersey, Carolina del Sur, Nueva York y Georgia, solamente se conoce una declaración de Delaware llamada Declaración Expositiva de Derechos, del 11 de septiembre de 1776; véase, Jellinek, Jorge, *La Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, México, Editora Nacional, 1984, pp. 39.41 y ss.

<sup>162</sup> Los procesos de independencia concluyeron de la manera siguiente: Argentina (1810-1816), Brasil (1822), Bolivia (1825), México (1821), Rep. de Haití (1822-1844), Uruguay (1828), Paraguay (1811), Perú (1821), Chile (1810-1818), República Unida de Colombia que comprendía los actuales Estados: Ecuador, Colombia, Venezuela, Panamá y Guyana (1819-1830), y la República Unida de Centroamérica, conformada por Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica (1823-1839), véase, Hernández Sánchez-Barba, Mario, *Formación de las Naciones Iberoamericanas*, Madrid, Anaya, 1988, p. 17

<sup>163</sup> La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos del 4 de octubre de 1824, que estaría en vigor sin alteraciones hasta su abrogación en 1835, es un documento que reviste una particularidad, en razón de que debe entenderse como expresión pormenorizada del documento jurídico-político que la complementa y antecede, y se trata del mismo instrumento que sirvió de base para el aseguramiento de la forma de Estado compuesto federal: el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, un acuerdo para construir un Estado que apareció como un breve documento de apenas 36 artículos. El Acta se discutió del 3 de diciembre de 1823 al 23 de enero de 1824 y la Constitución se discutiría del 1 de abril al 3 de octubre de ese año; las relaciones entre ambos instrumentos son complementarias. En su artículo 30, se hace mención de las Previsiones generales, al aclarar que: “La nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano”, véase Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, 5° ed., México, Porrúa, 1973, p. 159. La denominación derechos del hombre y del ciudadano fueron acuñados en la

De manera análoga, ese fenómeno ocurrió en el mundo entero durante el período de 1776 a 1849, donde se presentó la diseminación tanto del concepto de Constitución como de la declaración de derechos, alcanzando más de 1500 ejemplos (que incluyen a las constituciones nacionales y federadas para el caso de los sistemas de esa naturaleza). El cúmulo de constituciones surgidas en ese período expresa de forma contundente cómo el concepto Constitución logró alcances “universales” <mundiales>.<sup>164</sup> Generalmente, en esos textos se incluye a los derechos humanos contenidos en las declaraciones de derechos que fueron dirigidas a la totalidad de un pueblo e incluso de pueblos diversos que formaron parte de esas naciones sometidas a conjuntos de leyes fundamentales. Debe mencionarse que algunos autores como Germán Bidart Campos, consideran impropio referirse a los derechos humanos de las declaraciones al señalar que en la *Constitución material* no hay derechos humanos por más declaración normativa que sobre ellos exista en la formal o escrita, si las normas de ésta no entran a la dimensión sociológica del mundo jurídico mediante su vigencia sociológica. Aquí encontramos la palabra ‘constitucionalización’ de los derechos en un sentido alternativo al que hemos usado, de modo que la constitucionalización se manifiesta: a) por el mero hecho de constar por escrito en la declaración constitucional, aun cuando no alcancen vigencia sociológica (esa mera constancia, no equivale por sí sola a su positivización); b) por la adquisición de la vigencia sociológica en la Constitución material (lo cual es sinónimo de positividad o positivización).<sup>165</sup> Frente a esta afirmación no se puede negar el carácter de derecho positivo que acompaña a esas normas de derechos humanos contenidas en las declaraciones, cuando positividad y vigencia no son sinónimos, la positividad de un derecho determinado, incluso una norma consuetudinaria puede considerarse positiva siempre que ésta sea obedecida. Sobre el asunto, García Máynez aclara que indebidamente han sido entendidos como sinónimos la

---

Declaración francesa y se retomaron como un concepto constitucional, el parámetro que debían seguir las leyes.

<sup>164</sup> Se debe mencionar el importante proyecto que muestra la evolución constitucional del mundo titulado: *El nacimiento del Constitucionalismo moderno 1776-1849*, del profesor Horst Dippel de la Universidad de Kassel, en Alemania, cuya búsqueda que abarca hasta el año de 1860 y reúne 1565 documentos entre los que se encuentran constituciones de estados federales, federados, declaraciones de derechos y proyectos de ambos documentos, en versiones facsimilares de fuentes de la época; esa investigación tiene un proyecto hermano que es su continuación y del que solo conocemos la referencia, se trata de una obra que reúne 379 microfichas de los profesores Dippel, Horst, Wispelwey y Berend, *Constitutions of the World 1850 to the Present-Verfassungen der Welt 1850 bis zur Gegenwart*, Berlín, Boston, Editorial K. G. Saur, 2002. Otra actualización del proyecto llegó hasta 2007 y la Editorial De Gruyter publicó dos índices de constituciones el primero referido a las constituciones Europeas que abarca hasta 2003, mientras que el segundo es dedicado a las constituciones de Norte y Sudamérica; del primer índice no tenemos noticia, pero el segundo abarca 895 páginas; esta información fue consultada en <http://www.degruyter.com/view/serial/36003>. Sin duda ese trabajo es una muestra de cómo los modelos de constitución y declaraciones americanas y francesas experimentaron una verdadera mundialización.

<sup>165</sup> Bidart Campos, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, México, IJ-UNAM, 1989, p. 367

vigencia y la positividad del derecho, afirma que la vigencia es un atributo formal, mientras que “positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto, vigente o no vigente. La costumbre no aceptada por la autoridad política es un derecho positivo pero carece de validez formal.”<sup>166</sup>

Una postura interesante relativa a la positividad del derecho es la que abandera Luis Recaséns Siches, quien señala la necesidad de la voluntad estatal como creadora del derecho positivo donde se incluye igualmente el derecho consuetudinario, para el autor, la positividad se liga a la vigencia por ese acto voluntario del Estado<sup>167</sup>. En el caso de las declaraciones de derechos, éstas forman un ordenamiento, recogen el lenguaje y la expresión jurídica, contienen disposiciones atinentes al derecho, particularmente del constitucional; son emanadas de un voluntad mayoritaria e incluso, en muchos casos, previa a la estatal, son previas a la formación o establecimiento del Estado, en otros casos se incluyen a manera de preámbulo a las constituciones. Asimismo, en el caso de la positividad de las declaraciones de derechos, éstas se encuentran en el ámbito del derecho positivo porque emanaron de una voluntad colectiva que dio origen a la misma voluntad estatal; por otro lado, hay una desvinculación entre el concepto de constitución formal y la positividad de las declaraciones, ejemplo de ello son la Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776 y la Constitución de Massachusetts de 1780 ésta contempla en sus primeros 30 artículos una declaración de derechos; de manera que, si una comunidad se reunió y determinó el establecimiento de ciertos derechos, ello supondría que su voluntad es llevarla a la práctica buscando su respeto y a partir de la cual, considerando las normas del ordenamiento serían desarrolladas.<sup>168</sup>

### **A) Expansión constitucional mundial (universal)**

Durante el siglo XIX y XX, las constituciones vivieron su desarrollo más o menos propio una vez que los modelos básicos fueron adoptados y aceptados, los modelos son el norteamericano y el francés, a decir de Carlos Sánchez Viamonte: “los Estados Unidos consagraron el constitucionalismo y los derechos del hombre y del ciudadano en su derecho positivo, pero se abstuvieron de darles un fundamento filosófico o simplemente racional. Los tenían como verdades indiscutibles, sin que ninguna duda de ellos obligase al razonamiento y a la discusión. Francia tuvo a cargo esa idea que había comenzado con la

---

<sup>166</sup> García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, nota 127, p. 38.

<sup>167</sup> “Todo Derecho positivo (consuetudinario, jurisprudencial, legislado, contractual, institucional, etc.) es tal Derecho positivo en tanto podemos referirlo a la voluntad del Estado. Ésta es pues la única fuente formal de las normas jurídicas positivas vigentes.” En Recaséns Siches, Luis, *Vida humana, sociedad y derecho*, México, La Casa de España en México, 1939, p. 191.

<sup>168</sup> Ver el cuadro comparativo de las Declaraciones norteamericanas en relación con la Francesa en Jellinek, Jorge, *op. cit.*, nota 155, p. 45 y ss.

emancipación norteamericana, y que después de ella adquirió el carácter de una firme constitución doctrinaria”.<sup>169</sup> A inicios del siglo XX luego de la Gran Guerra, el constitucionalismo alcanzaría una nueva etapa de expansión llegando a Asia, África y Oceanía.

Las declaraciones de derechos y los tratados de derechos humanos parecen marcar la historia de la materia durante el siglo pasado, lo cual es en parte cierto, sin embargo, se trata de una realidad que encuentra sus orígenes en los órdenes constitucionales. Las declaraciones de derechos humanos tanto en el plano global como en el regional no deben entenderse como un punto intermedio entre disposiciones positivas una en el ámbito interno y otra en el internacional, las declaraciones son la piedra miliar, a decir verdad, la articulación de una y otra expresión de los derechos humanos.<sup>170</sup>

En el plano regional, a punto de iniciar la segunda mitad del siglo XX, nuestro continente vio materializados los intentos de integración panamericanos que tienen antecedentes decimonónicos y diversas conferencias e ideas de integración<sup>171</sup> darían vida a la Organización de los Estados Americanos (OEA), surgida en

---

<sup>169</sup> Sánchez Viamonte, Carlos, “La revolución norteamericana y la revolución francesa”, *La Nación*, Buenos Aires, 5 de septiembre de 1948, 2ª sección, p.2, en Fayt, Carlos S., *Derecho Político*, Buenos Aires, Depalma, tomo II, p. 15.

<sup>170</sup> La importancia e influencia de la Declaración Universal es tal que algunos Estados reconocen su obligatoriedad y jerarquía constitucional, tal es el caso de la Constitución Argentina de 1994, que en su artículo 75, numeral 22 supra nota 159 “(l)os demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

Existen otros ejemplos en las constituciones locales de México, como en el caso de la Constitución del Estado de Chiapas, la cual, con motivo de una gran reforma publicada en el Periódico Oficial del Estado, el 25 de julio de 2011, se estableció una adaptación de la Declaración Universal, repitiéndola y dotándola en su artículo 3, de fuerza obligatoria, es decir, materialmente la convierte o convierte su contenido en derecho local, lo dota de positividad, al señalar: “Artículo 3.- Toda persona en el Estado de Chiapas gozará de las garantías individuales y sociales establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como de los Derechos Humanos contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamados y reconocidos por la Organización de las Naciones Unidas (...)”. Dicho artículo se divide en treinta numerales, tantos como artículos tiene el documento internacional, y hace una completa adaptación de la Declaración Universal, repitiéndola y dotándola en ese artículo de fuerza obligatoria, es decir, crea derechos subjetivos en el ámbito local a partir de ese instrumento.

<sup>171</sup> Las ideas de unión en nuestro continente se remontan a las ideas de una América unida para la defensa de su soberanía la cual no pueden defender aisladamente las naciones que emergían, sino de manera unida, como señalaba la Declaración de los Derechos del pueblo de Chile del año 1810, seguida por el comandante Bernardo O’Higgins al referirse en su discurso de 1818, mientras que el montevideano Gervasio Artigas hablaba de una confederación. Por su parte, igualmente en 1818 desde Angostura, Colombia, Bolívar expresaba en una carta dirigida al Gobernador de Buenos Aires, acerca de la perfecta unidad de los Estados americanos que se apoyaría en una asamblea de plenipotenciarios y desarrollara los intereses americanos; esos ideales desembocarían en el Congreso de Panamá del 22 de junio de 1826, con el establecimiento de medidas defensivas y ofensivas comunes, y se señaló a Tacubaya, en la Ciudad de México, como el sitio donde se firmaría un protocolo para llevar a cabo el Congreso de Confederación. En 1840, nuestro país abandonó la idea de una confederación concebida por Bolívar. Seguirían diversos intentos de unión

1948 como una evolución de la Unión Panamericana de 1890; a lo largo del siglo XX existieron algunos mecanismos de integración regional y algunas formas de integración económica particularmente de tipo económica.<sup>172</sup>

Con el establecimiento de la OEA, el organismo internacional regional que reuniría a las naciones de América, se alentaría la emisión de una declaración de derechos sociales (1947) y la declaración americana (1948) y la suscripción de tratados sobre derechos humanos, cuya vigencia se extiende hasta nuestros días, lo que al tiempo permitió se dictara por una Corte Interamericana de Derechos Humanos, la primera sentencia que en nuestro continente establecería responsabilidad estatal por una infracción a una norma de derechos humanos establecida convencionalmente para la protección de los derechos humanos, el 26 de junio de 1987, en el *Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras*; éste es un hecho memorable y sorprendente si imaginamos el contexto de los años 40, donde se discutía el contenido de una declaración continental. Actualmente, se han emitido sentencias en aproximadamente 282 casos, los 4 últimos resueltos en agosto

---

mediante los Congresos de Lima de 1847, 1864, 1877 (para la codificación del derecho internacional privado), 1883 (en éste participó México), y 1888 (Congreso Jurídico de Montevideo). Serían las siguientes conferencias panamericanas iniciadas por Washington, 1889; México, 1901; Río de Janeiro, 1906; Buenos Aires, 1906; Santiago de Chile, 1923; La Habana, 1928; Montevideo, 1933; Buenos Aires, 1936, Lima, 1938; Panamá y Guatemala en 1939; La Habana, 1940; Río de Janeiro 1942, y Chapultepec de 1944, el camino en la consolidación de la OEA, *cfr.* Sierra, Manuel J., *Tratado de Derecho Internacional Público*, México talleres gráficos de la Nación, 1947, pp. 55-74.

<sup>172</sup> Sobre los mecanismos de integración económica pueden consultarse: Urquidi, Víctor L. y Vega Cánovas Gustavo, *Unas y otras integraciones*, México 1991, FCE-El Colegio de México, así como WionczeK, Miguel (coord.), *Integración latinoamericana. Experiencias y perspectivas*, México, FCE, 1964. La Organización de los Estados Americanos surgió en 1948 cuando se adopta su carta constitutiva en la Novena Conferencia Interamericana celebrada en Bogotá. Las sucesivas reformas a la carta de la OEA se expresaron en los siguientes 4 protocolos: 'Protocolo de Buenos Aires', suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria; seguiría el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos 'Protocolo de Cartagena de Indias', aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos 'Protocolo de Washington', aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y continuaría el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos 'Protocolo de Managua', adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General." Dichas etapas se observan en la página: [www.oas.org/dil/esp/tratados\\_A41\\_Carta\\_de\\_la\\_Organizacion\\_de\\_los\\_Estados\\_Americanos.htm#ch4](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm#ch4); América sería escenario de otras integraciones: la Organización de Estados Centroamericanos (Costa Rica, Nicaragua, Honduras, Guatemala y El Salvador), se constituiría mediante la firma de la Carta de San Salvador del 14 de octubre de 1951, complementada por una nueva Carta de San Salvador del 12 de diciembre de 1962. Más tarde, el 18 de febrero de 1960, fue suscrito el Tratado de Montevideo que crearía la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay), *Cfr.* Colliard, Claude-Albert, *Instituciones de Relaciones Internacionales*, trad. Pauline Forcella de Segovia, México, FCE, 1978, pp. 411-443. Por otra parte, el proceso de la OEA puede consultarse en la extensa obra de Thomas, A. V. y Thomas, A.J., *La Organización de los Estados Americanos*, trad. Armando Arrangoiz, México, Uthea, 1968.

pasado; así como 21 opiniones consultivas, la última emitida en el mismo mes de 2014.<sup>173</sup>

De esa manera, en nuestro continente, con la Organización de Estados Americanos, y en el plano mundial, en el contexto del organismo internacional universal por antonomasia: la Organización de las Naciones Unidas, se desarrolló un movimiento importante que principió con la emisión de las dos declaraciones de derechos humanos del año 1948, una del 2 de mayo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ésta, producto de la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia; y siete meses más tarde, el 10 de diciembre de 1948, mediante la resolución A/RES/217(III), la Asamblea General de la ONU aprobaría la Declaración Universal de Derechos Humanos. Como hemos reiterado, la importancia de esas declaraciones es fundamental, ya que sus textos condensan el pensamiento universal y regional sobre los derechos humanos del que se desprenderían los tratados posteriores como son los grandes pactos, de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969.

## **B) Antecedentes inmediatos de la Declaración Americana**

La Declaración Americana tuvo como antecedentes algunas resoluciones de la Conferencia celebrada en 1945 en la Ciudad de México, en particular, con la Resolución XL sobre la Protección Internacional de los Derechos del Hombre que proclamó la adhesión de las Repúblicas Americanas a los principios establecidos por el derecho internacional, al parecer, sin manifestar un compromiso para que una vulneración de esos derechos constituyera motivo de responsabilidad internacional; cabe mencionar que los derechos humanos se consideraban entonces subordinados a los principios de soberanía del Estado y la no intervención.<sup>174</sup>

En el año de 1947, durante la Conferencia de Río para la elaboración del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), se introdujo en el preámbulo de ese instrumento una declaración con valor jurídico que significó el compromiso de la comunidad regional americana de que la paz se fundase en la justicia, el orden moral y el respeto a los derechos de la persona humana. Es importante mencionar que en esa misma ocasión se preparó, discutió y aprobó la Carta (internacional) Interamericana de Garantías Sociales, o Declaración de los Derechos Sociales del

---

<sup>173</sup> García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª. ed., México, UNAM-IIIJ, 2006, tomo I, p. 20. Sobre los contenciosos que ha resuelto la Corte véase <http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>, mientras que las opiniones consultivas pueden revisarse en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas> (consulta 16 de julio de 2014).

<sup>174</sup> Thomas, A. V. y Thomas, A.J., *op. cit.*, nota 166, pp. 287 y 288.

Trabajador, un documento, como su nombre lo dice, de derechos sociales (de naturaleza laboral) que antecedió tanto a la Declaración Americana como a la propia OEA, cuya exposición de motivos se preparó por el Comité Jurídico Interamericano, en octubre de 1947.<sup>175</sup>

En el año siguiente, durante la IX Conferencia Internacional de Estados Americanos de 1948, se manifestó un interés por parte de los miembros de la organización, expresado en el texto de la Carta de la OEA, por crear una obligación de respeto a los derechos humanos en el que prevaleció una postura que atribuyó un carácter constitucional a la Carta, al señalar que un texto de esa naturaleza debía quedar precisado aparte.<sup>176</sup> No obstante, el propio texto incluye menciones a los derechos humanos y su preámbulo alude a los pueblos de los Estados reunidos en esa IX Conferencia, declarando “un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Así se prescribe que:

“Artículo 5 Los Estados Americanos reafirman los siguientes principios: (...)

j) Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana “sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo y sexo.”<sup>177</sup>

En el mismo sentido, precisó:

“Artículo 13. Cada Estado tiene derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento, el Estado deberá respetar los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal.”<sup>178</sup>

Asimismo, dicha carta establece en el art. 53, e) como uno de sus órganos a la Comisión Interamericana, y no se menciona a la Corte Interamericana. Por su parte, el art. 95 establece la cooperación técnica a cargo del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, y de acuerdo con el inciso c) de ese artículo, se establecen sus obligaciones de promover, coordinar y responsabilizar la ejecución de programas de desarrollo a órganos subsidiarios y organismos, de acuerdo a las prioridades de los Estados miembros en áreas como el:

---

<sup>175</sup> Organización de los Estados Americanos, *Catálogo de los Informes y Resoluciones del Comité Jurídico Interamericano 1953-1942*, OEA, Biblioteca Río de Janeiro, 2009, p. 4.

<sup>176</sup> Thomas, A. V. y Thomas, A.J., *op. cit.*, nota 166, p. 288.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 539. Actualmente la fracción j) del art. 5 corresponde con el art. 3, l); el art. 13 con el 17. Ver además: [www.oas.org/dil/esp/tratados\\_A-41\\_Carta\\_de\\_la\\_Organizacion\\_de\\_los\\_Estados\\_Americanos.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.pdf)

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 289.



“3) Fortalecimiento de la conciencia cívica de los pueblos americanos, como uno de los fundamentos del ejercicio efectivo de la democracia y la observancia de los derechos y deberes de la persona humana.”<sup>179</sup>

La *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* también encuentra un antecedente importante en los trabajos del Comité Jurídico Interamericano, mediante su *Proyecto de Declaración Internacional de Derechos y Deberes del Hombre*, elaborado el 31 de diciembre de 1945.<sup>180</sup> Se trató de un documento con 21 artículos, el cual incorpora derechos y deberes respectivos en cada disposición. Se consideraron en ese ensayo, los siguientes derechos: artículo I derecho a la vida, art. II derecho a la libertad personal, art. III derecho a la libertad discursiva y de expresión, art. IV derecho a la libertad religiosa, art. V derecho a la libertad de reunión (asamblea), art. VI derecho a la libertad de asociación (para promover y proteger un interés), art. VII derecho de petición (al gobierno), art. VIII derecho a la propiedad (personal), art. IX derecho a la nacionalidad, art. X derecho a la libertad de interferencia en sus relaciones familiares, art. XI derecho a no ser arrestado arbitrariamente, art. XII derecho a un juicio justo (garantías judiciales y debido proceso), art. XIII derecho a participar en elecciones, art. XIV derecho al trabajo, art. XV derecho a participar de los beneficios de la ciencia, art. XVI derecho a la seguridad social, art. XVII derecho a la educación, art. XVIII derecho a la igualdad ante la ley; los artículos art. XIX a XXI son disposiciones generales, el art. XIX señala que los derechos y los deberes son correlativos, mientras que el art. XX establece la incorporación de la declaración al derecho doméstico; finalmente, el

---

<sup>179</sup> [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_A-41\\_Carta\\_de\\_la\\_Organizacion\\_de\\_los\\_Estados\\_Americanos.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.pdf) (consulta del 7 de febrero de 2014) En ese sentido, al mencionarse una obligación en materia de derechos y deberes de la persona humana, se está atribuyendo o reconociendo cierto valor a la Declaración Americana. No es posible dejar de señalar que el art. 145 transitorio hace referencia a la comisión interamericana que velará por la observancia de los Derechos humanos en tanto no entre en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para estos efectos se contará con el concurso de mecanismos de participación sectorial y de otros órganos subsidiarios y organismos previstos en la Carta y en otras disposiciones de la Asamblea General.

<sup>180</sup> Ese proyecto fue creado por el Comité Jurídico Interamericano, de acuerdo con las resoluciones IX y XL de la Conferencia Interamericana sobre problemas del Guerra y la Paz, celebradas en la Ciudad de México, entre el 21 de febrero y el 8 de marzo de 1945, y presentadas por la delegación chilena para la segunda parte de la primera sesión de la Asamblea General, documento fechado el 31 de diciembre de 1945 en Río de Janeiro, suscrito por Francisco Campos, F. Nieto del Río, Charles W. Fenwick y Antonio Gómez Robledo. Ver el texto de la Declaración en: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/CN.4/2](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/2)  
Sin embargo, los registros del Comité Jurídico Interamericano, señalan un Anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, así como la preparación de un Informe anexo al Anteproyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre, Río de Janeiro, 31 diciembre de 1945, ver: *Memoria del Comité Jurídico Interamericano de la Organización De Los Estados Americanos 1942 – 1953. Referencia Bibliográfica*, OEA, Biblioteca Río de Janeiro, 2009, pp. 13-14, disponible en línea en [http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/memoria\\_trabajos\\_1942-53.pdf](http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/memoria_trabajos_1942-53.pdf) (consulta del 7 de febrero de 2014)

art. XXI prescribe el establecimiento de reglas de procedimiento y competencia para el caso de afectaciones a extranjeros que establece el procedimiento de cortes locales, y si no resuelve la situación, ante una corte internacional.

Muchos aspectos de esta declaración que se mantuvo como proyecto son destacables debido a su actualidad y contundencia, llama nuestra atención que según su art. I, el derecho a la vida inicia desde la concepción y no se trata de un derecho de ejercicio absoluto, pues se establece una “negación de ese derecho” o mejor dicho, *su cancelación*, ante la comisión de graves crímenes y mediante sentencia de pena de muerte.

Un elemento significativo de este documento es el artículo *XX Incorporación de la Declaración al derecho doméstico*, que señala:

“Las provisiones de esta declaración deberán ser parte del derecho de cada Estado, para ser respetadas y puestas en práctica por las autoridades administrativas y judiciales de la misma manera que las demás leyes del Estado

Las provisiones de esta declaración no serán abrogadas o modificadas excepto en los términos de un acuerdo Interamericano o de las Naciones Unidas que sea vinculante para los Estados Americanos.”<sup>181</sup>

Esta propuesta de declaración materializa la idea de *lege ferenda*, pues lejos de tener una significación moral, establece cuestiones relativas a su plena incorporación al derecho interno; ese proyecto deja en claro que el sentido de la palabra declaración fue utilizado por sus ideólogos y se relaciona directamente con la significación que guarda el término en el derecho interno, es decir, al igual que las declaraciones de derechos surgidas en ese ámbito, ésta se encontraría dotada de fuerza obligatoria para las autoridades administrativas y judiciales, al formar parte del derecho del Estado. La comisión encargada de su elaboración estaba considerando una normatividad obligatoria en materia de derechos humanos y quizá obedezca a su elaboración tuvo una importante colaboración académica, con lo que aprecia un consenso en torno a la necesidad de crear un cuerpo normativo interamericano que proveyera soluciones a las necesidades de ese tiempo, y de la urgencia de contar con derechos humanos a los que corresponderían deberes, destinados tanto para las autoridades como a los sujetos en lo individual e incluso a entidades privadas.

Desconocemos otros proyectos de declaración distintos de la aprobada en 1948, pero tenemos constancia de su presencia entre los proyectos que conoció la Comisión de Naciones Unidas en su camino al desarrollo de la Declaración

---

<sup>181</sup> Véase el texto en: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/CN.4/2](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/2) (consulta del 7 de febrero de 2014).

Universal, donde el proyecto americano de declaración elaborado en 1945, fue presentado a la Asamblea de las Naciones Unidas por la delegación chilena, el 8 de enero de 1947; el esfuerzo americano constituye un punto de encuentro entre ambos proyectos mundial y continental.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre está conformada por 28 derechos y 10 deberes, a diferencia del señalado proyecto, no discute su naturaleza, pues se trata de un documento de carácter enunciativo y no se refiere a la obligatoriedad de sus disposiciones; destaca la mención de su preámbulo sobre la naturaleza moral de sus prescripciones, algo que no se aprecia en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. A pesar de haberse desarrollado con anterioridad, la Declaración Americana no logrará la ejemplaridad alcanzada por la Declaración Universal.

### **C) El camino hacia la Declaración Universal de los Derechos Humanos**

La Declaración Universal es un documento breve y contundente que abarca apenas treinta artículos; sin embargo, su influencia fue grande y puede decirse que marcó el contenido de los posteriores instrumentos de derechos civiles y políticos, derechos económicos y sociales, y en general, de los cerca de 27 tratados que Naciones Unidas reconoce o clasifica específicamente como de derechos humanos. Se trata de un documento declarativo que encontró una de sus grandes influencias en el pensamiento comparativo constitucional de entreguerras, de manera que el tránsito hacia la creación la llamada carta internacional de derechos humanos, la cual incluiría precisamente a la Declaración Universal y a los tratados en la materia, es una de las mejores expresiones de la internacionalización del derecho constitucional o mejor dicho, el efecto consistió en una constitucionalización de la vida internacional con especial énfasis en la materia relativa a los derechos humanos.

El origen de la Declaración fue un proceso paulatino, su inicio coincidió gracias al estudio de los derechos humanos plasmados en los textos constitucionales prácticamente vigentes en todo el mundo durante los años 40, se trató de una labor que tenía encargada la Comisión de Derechos Humanos, creada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, a la que desde su establecimiento le fueron transmitidas antiguas funciones de la Sociedad de Naciones<sup>182</sup>, y en cuyo seno ya existían algunas preocupaciones específicas expresadas con anterioridad a la *Carta Internacional de Derechos humanos* que fue una de las responsabilidades de la Comisión de Derechos Humanos. Entre las preocupaciones o temas sobre derechos humanos que se encontraban en

---

<sup>182</sup> La Sociedad de Naciones es la materialización de la Primera parte del Tratado de paz de Versalles de 1920 que se nutrió de los llamados 14 puntos del presidente norteamericano Woodrow Wilson, véase, Seara Vázquez, Modesto, *Tratado General de la Organización Internacional*, México, FCE, 1974, p. 23 y 24.

desarrollo en el año de 1945, se pueden mencionar: la protección internacional de los refugiados y la protección de los derechos del niño y la mujer, ejemplo de ello es también la anterior declaración de 1924, conocida como Declaración de Ginebra de los derechos de niño, en la cual se contó con apoyo del fondo para ayuda a la infancia.<sup>183</sup>

Aunado a lo anterior, con respecto a la estructura de la Organización de las Naciones Unidas, se encontraban apenas desarrollándose algunos instrumentos que darían a forma a lo que posteriormente se transformaría en algunas de las agencias de esa organización, tal es el caso de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados, precedente del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.<sup>184</sup>

Por otra parte, retomando la idea primaria de internacionalización, se debe tener presente que el término constitución fue utilizado a nivel internacional en un sentido estatutario o reglamentario, es decir, de manera análoga a su uso en el derecho de los Estados, donde tiene una connotación específica que se refiere a un cuerpo normativo que delinea la manera en que se conformará un organismo.

Otros importantes temas de preocupación en esos momentos fueron la situación de salud y la situación alimentaria, para lo que se establecieron distintos comités;<sup>185</sup> los temas de la protección del trabajo infantil, la protección de la mujer, el tema

---

<sup>183</sup> Véase el documento *Resoluciones aprobadas por el Consejo Económico y Social en su tercer período de sesiones del 11 de septiembre al 10 de diciembre de 1946*, Canadá, 1948, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NR0/752/41/IMG/NR075241.pdf?OpenElement> (consulta del 10 de febrero de 2014)

<sup>184</sup> Entre las instituciones especializadas de la Sociedad de Naciones se encuentra la Oficina Internacional Nansen para los Refugiados, mientras que entre sus organismos auxiliares existió una Comisión Consultiva para la Protección de la Infancia y de la Juventud, véase, Seara Vázquez, Modesto, *op. cit.*, nota 176, p. 33

<sup>185</sup> Los temas de apuro para la Sociedad de Naciones se pueden estudiar de acuerdo con los comités que se integraron en su seno, los cuales se modificaron con el traspaso de funciones de uno a otro organismo (de la Sociedad de Naciones <SDN>a la ONU), para lo cual se emitió el 2 de febrero de 1946 una resolución sobre el traspaso de ciertas funciones, actividades y haberes de la SDN, en 4 secciones: Funciones y poderes en virtud de acuerdos internacionales, Funciones y labores apolíticas de la Sociedad de Naciones, Transferencia de haberes y Transferencia del Comité Negociador.

Sería mediante una resolución del 16 de febrero de 1946 que el Consejo Económico y Social solicita al Secretario General de Naciones Unidas asumir y continuar provisionalmente las labores de los departamentos del antiguo organismo internacional que eran: Comité Económico, Comité Financiero, Comité Fiscal, Comité de Expertos en Estadística, Comité de Coordinación de las Cuestiones Económicas y Financieras, Comité de Expertos encargados de los Problemas Demográficos, Comisión de Comunicaciones y Tránsito; Comité de Higiene; Comité Consultivo de la Oficina de Oriente de la Organización de Higiene; Comisión Consultiva de Tráfico de Opio y otra Drogas Nocivas; Comisión Consultiva de Cuestiones Sociales; Comisión Consultiva de Expertos en Materia de Esclavitud y Comité Internacional de Cooperación Intelectual; así, la ONU asumiría en lo posible sus funciones, por medio de las Comisiones del Consejo Económico y Social: Comisión de Asuntos Económicos y Empleo, Comisión de Estadística, la Comisión Fiscal, Comisión de Transportes y Telecomunicaciones, Comisión de Derechos Humanos, Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, Comisión de Estupefacientes, Comisión Demográfica; así como algunos

alimentario y sanitario se han colocado en el ámbito material de los derechos humanos han permeado desde el ámbito internacional, y luego regional, y continuado su desarrollo, llegando a la adopción a nivel estatal de instrumentos para su protección.

La influencia constitucional en la formación de los pactos de Naciones Unidas se aprecia en otros sectores, además de la transmisión de las llamadas por esa organización como “funciones apolíticas”, expresadas mediante el establecimiento en uno de los principales órganos de la nascente ONU, que por mandato de su Consejo Económico y Social, la Comisión de Derechos Humanos que tuvo como importantes responsabilidades el desarrollo de una Carta Internacional de Derechos Humanos (declaración y tratados), y recomendaría la elaboración de un anuario de derechos humanos.

El primer periodo de actividades de la Comisión de Derechos Humanos comprendió del 27 de enero al 10 de febrero de 1947. La Comisión estaba integrada por 18 miembros designados por periodos de dos, tres y cuatro años, respectivamente a cada período correspondió a Bielorrusia, China, Líbano, Panamá, Reino Unido, y Uruguay; para tres años, Egipto, Francia, India, Irán, Ucrania y la URSS, por cuatro años: Australia, Bélgica, Chile, Filipinas, Estado Unidos y Yugoslavia. Además, Eleanor Roosevelt (EEUU) ocupó su Presidencia, Dr. Peng Chung Chang (China), la Vicepresidencia, y la Relatoría se encontraría a cargo del Dr. Charles Habib Malik (Líbano); sería para su segunda sesión que el Consejo recomendaría el estudio de los siguientes temas: la mencionada carta internacional de derechos humanos, incluidas las declaraciones internacionales o convenciones sobre libertades civiles; libertad de información y materias similares; así como la protección de minorías; y la prevención de la discriminación por razones de sexo, raza, lengua o religión.<sup>186</sup> Además, existieron dos subcomisiones y un comité, respectivamente: Subcomisión de libertad de información y libertad de prensa, Subcomisión para la prevención de la Discriminación, y el Comité para el Proyecto de Carta Internacional de Derechos Humanos.

---

organismos especializados: el Fondo Monetario Internacional, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, la Organización de Alimentación y Agricultura, la Organización Mundial de la Salud, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Organización Internacional de Refugiados y la Organización Internacional del Comercio, véase, *Resoluciones aprobadas por el Consejo Económico y Social en su tercer período de sesiones del 11 de septiembre al 10 de diciembre de 1946*, Canadá, 1948, pp. 27 y 28, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NR0/752/41/IMG/NR075241.pdf?OpenElement> (consulta del 10 de febrero de 2014).

<sup>186</sup> Véase, *Anuario de Naciones Unidas 1946-47*, pp. 431 y 524, disponible en línea en <http://unyearbook.un.org/unyearbook.html?name=194647index.html> (consulta del 10 de febrero de 2014).

El grupo para la redacción del proyecto de Carta Internacional, consideró que debía elaborarse por la Presidencia, Vicepresidencia y el Relator, quien recibiría apoyo del Secretariado y los expertos que considerase. Sería entonces cuando se estudiaría una propuesta australiana para a inclusión en esa carta Internacional de una Corte Internacional de Derechos Humanos, la cual no se concretó.<sup>187</sup>

Los integrantes de la Comisión señalaron que las constituciones de los Estados miembros del ONU debían ser tomadas en cuenta; y que dicha carta de derechos humanos fuera aceptable por todos los miembros de la Organización; atendiendo a las características del texto, éste debía ser: corto, simple, fácil de entender y expresivo, así como significar la reafirmación de los más elementales derechos.<sup>188</sup>

En el camino de la Declaración se preñetaron 18 proyectos<sup>189</sup> entre los que destaca el proyecto del Comité Jurídico Interamericano del 31 de diciembre de 1945, adoptado en la Conferencia Interamericana sobre problemas de la guerra y la paz, celebrada en la Ciudad de México (21 de febrero - 8 de marzo de 1945) el cual fue titulado: Proyecto de Declaración de derechos y deberes de hombre, al cual nos hemos referido, ese proyecto de XI artículos uno de los cuales señala una cláusula de incorporación de los derechos de la “declaración”.<sup>190</sup> El artículo referente a la incorporación al derecho doméstico señala: “Artículo 22 Incorporación de la Declaración al derecho nacional. Las previsiones de esta declaración deberán ser parte del derecho de cada estado, para ser respetadas y cumplidas por las autoridades administrativas y judiciales de la misma manera que las otras normas del Estado.

Las previsiones de esta declaración no deberán ser abrogadas o modificadas, excepto, de acuerdo con los términos de una convención interamericana o un convenio de la Organización de las naciones Unidas vinculante para los Estados de América.”

---

<sup>187</sup> De la misma manera se incluyó el proyecto de Carta Internacional de Derechos Humanos que contemplaría las libertades personal, religiosa, de opinión, de expresión e información, de asamblea y asociación, así como garantías para las personas acusadas de delitos; además, derechos sociales como el derecho a la seguridad (social), el derecho al trabajo, a la educación, a la alimentación, al cuidado de la salud y el derecho a la propiedad; los derechos políticos como el derecho de ciudadanía y el derecho a participar políticamente, además del derecho a un trato equitativo sin distinción (es decir, el actual derecho a la no discriminación), véase, *Anuario de Naciones Unidas 1946-47*, p. 524, disponible en línea en <http://unyearbook.un.org/unyearbook.html?name=194647index.html>

<sup>188</sup> Véase, *ídem*.

<sup>189</sup> Véase el documento de la Comisión de Derechos Humanos, *Analysis of various draft international bills of rights (Item 8 on provisional agenda. Memorandum by the Division of Human Rights)*, Consejo Económico y Social, 23 de enero de 1947, E/CN.4/W.16, en línea: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/CN.4/W.16](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/W.16) (consulta del 10 de febrero de 2014).

<sup>190</sup> *Early Drafts of a Declaration on Human Rights*, en línea en <http://www.unog.ch/library> y [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/CN.4/2](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/2) (consulta del 10 de febrero de 2014). Donde se mencionan algunos proyectos y existen vínculos con el texto completo.

Otros proyectos que pueden mencionarse son: Proyecto de Declaración de Derechos Humanos (presentado por la Delegación Cubana, de fecha 12 de febrero de 1946, consta de 22 artículos),<sup>191</sup> Estatuto de los Derechos Esenciales - Statement of Essential Human Rights (presentado por la Delegación de Panamá, de fecha 26 de abril de 1946, contiene 18 artículos y en cada uno existe una referencia al número de constituciones en el mundo que contiene un disposición de esa índole), *Propuesta de Declaración Internacional de Derechos - International Bill of Rights: proposal*, a cargo de la Federación Americana de Trabajo (American Federation of Labor, de fecha 9 de agosto de 1946). Los proyectos fueron estudiados por la Comisión en sus aspectos generales, en aquello que eran sustancialmente idénticos a las declaraciones nacionales y por último, en referencia a elementos particulares de cada propuesta; la Comisión consideró que la mayoría de ellos se desarrollaron durante la Segunda Guerra y la posguerra. Dos se escribieron en el Reino Unido, 15 en el hemisferio occidental y otro más por el Instituto de derecho Internacional.<sup>192</sup> Llama la atención que las ideas acerca de una declaración universal estaban orientadas al desarrollo de una parte del derecho de los Estados, no se pensaba en una simple declaración que hiciera mención de los derechos a la cual se le dotaría de forma jurídica, es evidente cómo se pretendía que tuviera eficacia en el orden interno e incluso, uno de los proyectos conocidos por la Comisión fue desarrollado por el profesor Hersch Lauterpacht quien, elaboró un proyecto denominado International Bill of Rights of Man y determinó en su artículo 15 que esa declaración tendría un carácter constitucional.<sup>193</sup>

En orden cronológico, los proyectos de declaración fueron los siguientes:<sup>194</sup>

1. International Rights of the Individual and the International Associations (Instituto Americano del Derecho Internacional, La Habana, 1917);
2. Declaration of the International Rights of Man (Instituto de Derecho Internacional, Nueva York, 12 de octubre de 1912);
3. Declaration of the Rights of Man (elaborada por H.G. Wells, 1940);

---

<sup>191</sup> Debe mencionarse el antecedente llamado proyecto de declaración de Derechos Internacionales del Individuo y de las Asociaciones Internacionales, elaborado por la Segunda Sesión del Instituto interamericano de Derecho Internacional de la Habana, enero de 1917, con la participación del doctor Alejandro Álvarez en el desarrollo de la Sexta Sesión del Proyecto de las Bases Fundamentales del Derecho Internacional del Futuro, que apareció en Matos, José, "La segunda sesión del Instituto Interamericano de Derecho Internacional, La Habana, p. 25. Acerca de este proyecto de declaración únicamente contamos con esta referencia del documento. El texto cubano de 1946 se encuentra disponible en línea en: [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/HR/1](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/HR/1) (consulta del 10 de febrero de 2014).

<sup>192</sup> Véase Comisión de Derechos Humanos, *Analysis of various draft international bills of rights (Item 8 on provisional agenda. Merandum by the Division of Human Rights)*, op. cit. nota 189.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>194</sup> *Ibid.*, pp. 9-11.

4. International Bill of Rights (a cargo del Reverendo Wilfred Parsons, 14 de abril de 1941);
5. International Bill of Rights (del professor Rollin McNitt, 3 de junio de 1942);
6. International Bill of Rights. Principles of the Rights and Duties of Individuals (por Irving A Isaacs, 1943);
7. Statement of Essential Human Rights (Instituto Americano de Derecho, febrero de 1944);
8. Declaration of Human Rights (Comité Judío Americano, enero de 1945);
9. International Bill of Rights of Man (del professor Hersch Lauterpacht, 1945);
10. Declaration of International Rights and Duties of the Individual (prof. Gustavo Gutiérrez, La Habana, 1945);
11. A Charter for the United Nations. Chapter I The Rights of Every Man (Free World, mayo de 1945);
12. Draft Declaration of International Human Rights and Duties of Man (Comité Jurídico Interamericano, diciembre de 1945);
13. Draft Declaration of Human Rights (Delegación Cubana, dos proyectos de febrero de 1946 y del 2 de mayo de 1945);
14. Enumeration of subjects for Consideration as to an International Bill of Rights (American Bar Association, Chicago, verano de 1945);
15. Bill of Rights (World Government Association, julio de 1946);
16. Draft of an International Bill of Rights (American Association for the United Nations y la Conferencia Judía Americana, 1946);
17. International Bill of Rights (American Federation of Labour, agosto de 1946);  
y
18. Bill of Human Rights (Proyecto del Comité Ejecutivo del *Committee on Human Rights de la Commission to Study the Organization of Peace*, diciembre de 1946).

La mayoría de esos proyectos han sido elaborados como un catálogo de derechos de los individuos, mientras que pocos de ellos enuncian los deberes del Estado; éstos fueron un tema que se ha discutido en la ONU en diversas ocasiones, una de ellas fue en su resolución de la Asamblea General 375 (IV)<sup>195</sup>, aprobada durante su 270 a. sesión plenaria del 6 de diciembre de 1949, según el proyecto desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional, quien cumplió las

---

<sup>195</sup> Consultable en [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/375\(IV\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/375(IV)&Lang=S&Area=RESOLUTION) (12 de julio de 2014). El breve proyecto de 14 artículos incluye provisiones obligatorias para los Estados en sus relaciones recíprocas, como respecto de los individuos; el artículo 6 de ese proyecto establece Art. 6 "Todo Estado tiene el deber de tratar a las personas sujetas a su jurisdicción con el respeto debido a los derechos del hombre y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivo de raza, sexo, idioma o religión." Véase Kelsen, Hans, "The Draft declaration on rights and duties of states", *The American Journal of International Law*, vol. 44, no. 2, American Society of International Law, abril de 1950, pp. 259-276. En <http://www.jstor.org/stable/2193756> (consulta del 12 de julio de 2014).



instrucciones de la Asamblea General, expresadas en su resolución 178 (II) de 21 de noviembre de 1947.

El Comité redactor llevaría a cabo varias discusiones, y en su quinta sesión del 9 de junio al 25 de julio de 1947, siguió el esquema marcado por el Secretariado, el cual incluía los derechos consagrados en varios documentos constitucionales, así como algunos proyectos de Declaraciones. El Comité tomó en consideración dos posturas: de una parte, la elaboración de una declaración o manifiesto, y por otro lado, que fuese una convención (tratado cuya obligatoriedad es manifiesta para las partes); finalmente se prepararon ambos documentos, y el proyecto inicial de declaración contuvo 44 artículos con un preámbulo, los cuales se encargaron al profesor René Cassin, de acuerdo con la solicitud de la Presidencia de la Comisión, del representante de Líbano y el de Reino Unido; ese proyecto sería revisado en una nueva ocasión por René Cassin, de manera que el mismo se cometería a la Comisión como proyecto preliminar de *Manifiesto o Declaración de Derechos Humanos*.<sup>196</sup> En esas discusiones estuvieron presentes representantes de la Organización de las Naciones Unidas para la Ciencia, la Educación y la Cultura, UNESCO, de la American Federation of Labor y la International Co-operative Alliance.<sup>197</sup> La Comisión de Derechos Humanos, por su parte, celebraría

---

<sup>196</sup> Existe otra versión de esos momentos de continuos ajustes a los proyectos de declaración que atribuyen el “trabajo duro” al representante canadiense John Humphrey, quien fuera Director de la División de Derechos Humanos del Secretariado de ONU, quien siguiendo las órdenes de Eleanor Roosevelt elaboraría el proyecto, incorporado a los trabajos de la Comisión, esta versión señal: “Humphrey no tardó en producir un texto, porque ya tenía a mano una cantidad impresionante de documentos. Entre ellos figuraban borradores y propuestas presentadas por numerosos países y asociaciones no gubernamentales, así como las constituciones de todos los Estados miembros de las Naciones Unidas. Sobre la base de estos documentos, de los que se sirvió libremente, Humphrey produjo el primero y básico borrador de la Declaración. En el curso de los 15 meses siguientes, se retocó el texto una y otra vez. El jurista francés René Cassin fue encargado de reorganizar los artículos y elaborar un preámbulo para encuadrarlos y, posteriormente, el comité de redacción discutió y revisó cada línea. Si la tarea principal en 1947 era elaborar y pulir el texto, en 1948 el problema era asegurar el acuerdo político de todos los Estados miembros de las Naciones Unidas.” Véase Waltz, Susan, “¿Quién redactó la Declaración Universal de Derechos Humanos?”, *Journal USA*, Estados Unidos, vol 13, núm. 11, noviembre 2008, pp. 22 a 25; esta publicación se encuentra disponible en línea en: [http://www.usembassy-mexico.gov/bbf/ej/1108\\_60DerechosHumanos.pdf](http://www.usembassy-mexico.gov/bbf/ej/1108_60DerechosHumanos.pdf) (consulta del 10 de febrero de 2014).

Quizá pueda resultar polémico, pero de ser importante la paternidad de la declaración, ésta debió señalarse en vida del profesor René Cassin, a quien se atribuye el logro de la Declaración. A decir verdad, la maternidad es la humanidad, en sus historias constitucionales y las preocupaciones académicas y políticas por evitar los errores pasados y la intención de procurarse un mejor presente y futuro. Una disputa similar se presentó en torno a la originalidad del contenido de la Declaración francesa de 1789, “(...) la más brillante manifestación del espíritu latino a finales del siglo XVIII”, como parafraseó Jellinek al profesor francés M. Boutmy, cuando discute la titularidad entre el genio germánico y el latino, el contenido de los derechos consagrados en ese documento, véase *La Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, op. cit., 155 p. 143.

<sup>197</sup> Véase, *Anuario de Naciones Unidas 1946-47*, op. cit., nota 182, p. 525,

su segunda reunión del 7 al 17 de diciembre de 1947 en Ginebra y trabajaría sobre el proyecto desarrollado en junio y julio por el Comité redactor.

En la elaboración de este documento se tomaría en cuenta el proyecto de Reino Unido y se agregarían las siguientes materias: tortura, integridad física y penas crueles; el derecho a la personalidad legal y el derecho de asilo.

Los miembros del Comité redactor consideraron que la implementación de la carta de derechos humanos podría tomar dos sentidos: el castigo al Estado ofensor, cuyas violaciones serían alegadas ante un tribunal, y el aseguramiento del respeto de los derechos humanos mediante la actividad educativa de los Estados, que debían asegurar el respeto y promoción de los derechos humanos. En esta opción se requeriría una estructura de Naciones Unidas, como lo fue un Comisión de Derechos Humanos, la cual mediante comunicaciones alegando la violación de esos derechos, aseguraría la responsabilidad estatal.<sup>198</sup> Los sucesivos borradores reducirían su articulado a 33 y luego hasta lograr los 30 artículos que conocemos. En los Anuarios de Naciones Unidas de los años 1946-1947, 1947-1948 y 1948-1949 se puede conocer el proceso de creación de la Declaración, se trató de un camino de tres años que implicó 179 reuniones y 168 resoluciones con enmiendas al proyecto de Declaración que finalmente sería aceptado en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.<sup>199</sup>

Nos interesa ahora mencionar que la proclamación de la Declaración por la Asamblea General, consideró algunos aspectos, como son que: a) se considera al texto como el *“ideal común de la humanidad”*; b) se señalan los sujetos o individuos, al establecer como destinatarios mediante la fórmula: *“para que individuos, instituciones pueblos y naciones”*; c) se mencionan los medios para lograr su pretensión de universalidad: *“promuevan la educación y enseñanza para su respeto”*; d) se hace referencia a la actualización permanente y progreso: a través de *“que se aseguren medidas progresivas”*; e) se menciona su *ámbito espacial de aplicación: “en el plano interno e internacional”* (que incluye pueblos, Estados y a los territorios bajo su jurisdicción).<sup>200</sup>

Conviene recordar que por su origen, la pretensión de su vigencia e incorporación de los derecho humanos al derecho de los Estados, se encuentra presente, y lo más importante, por su contenido, los diversos proyectos de lo que sería la Declaración Universal, no dejan duda del proceso de constitucionalización del

---

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 526.

<sup>199</sup> Los Anuarios de Naciones Unidas relatan el proceso de la Declaración, de un Tratado sobre derechos humanos y del Anuario de Derechos Humanos; en el caso particular de la Declaración puede seguirse su historia en las determinaciones de la Comisión, véase, Anuario 1946-1947, *op. cit.*, nota 182, pp. 467, 469-472, 523-526, 558, 559 y 561.

<sup>200</sup> El proceso de la descolonización puede seguirse en Miaja de la Muela, Adolfo, *La emancipación de los pueblos coloniales y el Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 1968.

orden internacional, pues lo ejemplifican; dicho fenómeno encuentra otra de sus expresiones en el Anuario de Derechos Humanos de la ONU.

#### **D) La publicación de un *Anuario de Derechos Humanos* que incluyera los textos constitucionales sobre derechos humanos vigentes hasta el 31 de diciembre de 1946**

El Anuario de Derechos Humanos surgió como una obra recopilatoria que tuvo por finalidad el cumplimiento de una de las misiones de la Comisión de Derechos Humanos. Se había propuesto inicialmente que tuviera como fin, la reunión de las normas de derechos humanos contenidos en las constituciones de todo el mundo y de las normas presentes en algunas legislaciones de esos Estados, atinentes a los derechos humanos, aun cuando no tuvieran jerarquía constitucional, además, se consideró necesaria la reunión de criterios jurisprudenciales en la materia.

Las palabras que el Consejo dirigió al Secretario General, el 21 de junio de 1946 ordenaron hacer los arreglos para la recopilación y publicación de un anuario *con usos y normas de derechos humanos, y en su primera edición debía reunir las declaraciones y cartas de derechos humanos vigentes en varios continentes*. Se trató en realidad de una solicitud de la Comisión de Derechos Humanos sometida al Consejo que, como hemos visto, encargaría a especialistas la creación y selección de los materiales constitucionales.<sup>201</sup>

Uno de los especialistas encargados del proyecto fue el profesor Boris Mirkine-Guetzévitch, quien junto con el profesor Ernesto Hamburger, compartieron la tarea de recopilar la expresión positiva de los derechos humanos en el ámbito nacional de 73 países, y lograron reunir además, 16 estudios sobre la protección de los derechos humanos en países sin constitución escrita.

Sin embargo, a pesar de situarnos en 1946, la historia del anuario comienza en Europa en 1929, que es el año en que aparecería una obra del profesor Mirkine-Guetzévitch, la cual constituiría otra fotografía del estado mundial de los derechos humanos en el ámbito constitucional, llamada: *Las declaraciones de derechos del hombre*, elaborada casi dos décadas antes del encargo de Naciones Unidas. Este texto puede considerarse el germen del primer anuario de derechos humanos ordenado por encargo de la Comisión de Derechos Humanos, y elaborado en 1947, bajo el título de *Yearbook on human rights for 1946* (Anuario sobre derechos humanos para 1946). Es innegable la influencia que ejerció esta obra en la Comisión de Derechos Humanos y el eventual proceso de la carta que incluye los pactos y la declaración universal, así como el libro del profesor Mirkike-Guetzévitch sobre el segundo texto.

---

<sup>201</sup> Ver Anuario de Naciones Unidas 1947-1948, p. 580, disponible en: <http://unyearbook.un.org/unyearbook.html?name=194647index.html> el *Yearbook on Human Rights for 1946*, Lake Success, Nueva York, p. ix (consulta del 10 de febrero de 2014).

Los materiales que se generaron por las Naciones Unidas en los que existió una importante participación de los académicos de la primera mitad del siglo XX, son una indiscutible evidencia documental del proceso de internacionalización de las constituciones, o en otras palabras, de la internacionalización de los derechos humanos que formaban parte de su contenido; o al menos del cincuenta por ciento restante que corresponde a las normas de la organización política, las cuales deben estar en coherencia con el restante contenido sobre derechos humanos. Puesto que en cada Constitución, debe existir no solo un equilibrio entre las normas de derechos humanos y otras decisiones políticas fundamentales, sino que debe existir coherencia constitucional (validez material y formal).

Por otra parte, tanto la Declaración como el Anuario son ejemplos históricos sobre de la importancia de los derechos humanos en el pensamiento del neoconstitucionalismo o constitucionalismo de los derechos humanos, aquel de la racionalización del poder y los controles democráticos que nos expuso Mirkin-Guetzévitch,<sup>202</sup> el neoconstitucionalismo original, pues a finales del siglo xx, surgió una corriente que se nombró de la misma forma; no nos referiremos a esa vertiente porque no es materia de este estudio, sino al neoconstitucionalismo que antepuso la vigencia de los derechos humanos frente a la actividades de cada uno de los órganos del Estado, una de cuyas expresiones puede leerse en el derecho constitucional del Estado de Dantzig, que fue un ejemplo de ciudad Estado o ciudad libre, como se le denominó mediante un eufemismo jurídico de principios del siglo XX, una “ciudad-Estado” que desapareció en medio del irredentismo Alemán y Polaco.

Un rasgo verdaderamente importante de esta Constitución europea radica en primer lugar, en que se desarrolló en medio de las ideas del *neoconstitucionalismo racional* de principios de siglo. Este texto incluye un avanzado y claro concepto de los derechos humanos, en cuya significación se reconoció un doble carácter: de derechos subjetivos, así como de una directiva y límite de conducta de la administración, la justicia y la legislatura, y en general los derechos humanos son vistos como un mecanismo de control de las funciones públicas. Ese texto constitucional de 1922 dispuso:

*“71.- Los derechos y deberes fundamentales sirven de guía y de límites a la legislación, a la administración de la justicia y al ejercicio de las funciones públicas, constituyen la regla de conducta y los límites de la legislación, de la justicia y de la administración en el Estado.”*<sup>203</sup>

---

<sup>202</sup> Aulard, A., y Mirkin-Guetzévitch, B., *op. cit.*, nota 8. Nueva York, 1947, quienes prepararon ese catálogo, véase, p. IX de esa obra.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 95. “Constitución de la Ciudad libre de Dantzig del 11 de mayo de 1922”. Desde nuestra perspectiva, resulta difícil pensar en la idea de un neoconstitucionalismo contemporáneo, cuando se

No tenemos idea a cargo de quién se encontró la redacción de esa Constitución, aunque, podemos tomar en consideración que se trata de una ciudad Hanseática, y por tanto con una enorme apertura y posibilidades de influencias sobre el pensamiento que se desarrolló ahí, a causa de las intensas comunicaciones que se presentaron en esa región.

Por otro lado, una nueva etapa del *Anuario de Derechos Humanos* inició con motivo de la celebración del 40 aniversario de la Declaración Universal. La Asamblea General de Naciones Unidas, mediante su resolución 43/128 del 8 de diciembre de 1988, pidió al Secretario General que para su 44 periodo de sesiones, le presentara un amplio informe en materia de información pública en la esfera de los derechos humanos. Dicha resolución pretendía determinar los objetivos de una *Campaña Mundial de Información Pública sobre derechos Humanos* que quedaría a cargo de la Comisión de Derechos Humanos y también sería presentada a la Asamblea General, durante su 45 periodo de sesiones; el documento que se originó, sería publicado con las siglas E/CN.4/1989/21 y fue distribuido a todas las delegaciones estatales en esa asamblea.

La Campaña Mundial tenía como objetivo crear una Cultura Universal de los Derechos Humanos en la que se reconociera que éstos forman parte de la persona humana, sin distinciones (por motivos de sexo, color, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional, condición social, económica, nacimiento u otra condición); el informe que se denominó: *Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades. Desarrollo de las actividades de información pública en la esfera de los derechos humanos. Informe del Secretario General Primera parte: Centro de Derechos Humanos* hace referencia a la historia del Anuario de Derechos Humanos, al señalar que: “22. Los números del *Yearbook on Human Rights* correspondientes a 1980 y 1984 aparecieron en el primer semestre de 1989. Los números correspondientes a 1981, 1982, 1983, 1985, 1986 y 1987 están en distintas etapas del proceso de impresión. El Centro está dando término al texto original del volumen correspondiente a 1988 y ha comenzado a trabajar en el de 1989.”<sup>204</sup>

---

evidenciaron grandes avances en el derecho constitucional derivado de guerras. Lo que resulta sorprendente es que, términos tales como armonización del ordenamiento interno, mantienen su vigencia y los planteamientos de esos publicistas de las primeras décadas del siglo XX son de una actualidad contundente.

<sup>204</sup> En la obra: *Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades. Desarrollo de las actividades de información pública en la esfera de los derechos humanos*, Nueva York, Naciones Unidas, 1989, p. 9, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N89/259/12/PDF/N8925912.pdf?OpenElement> (consultado el 20 de febrero de 2014). Ese informe del 26 de octubre de 1989, considera otros medios de difusión que son los *Reportes oficiales del Comité de Derechos Humanos* desde 1981-1982, antes llamados *United Nations*

La historia del anuario fue determinada desde su inicio, pues su elaboración correspondió a un apoyo documental que se brindaría a los órganos de Naciones Unidas, o al menos ese efecto tendía en la propia organización, aprovechando las investigaciones sobre los derechos humanos en el derecho constitucional, esa es la razón de que no se localicen mayores referencias al Anuario de Derechos Humanos en su sentido original, es decir, con el contenido del Anuario de 1946. En la protección de los Derechos Humanos el sistema de las Naciones Unidas no requeriría más, legitimarse en el derecho constitucional del que tomó una parte de sus influencias importantes. Para conocer las otras influencias elementales en la formación de la idea de los derechos humanos en siglo XX, que sería expresada en la Declaración Universal, y a su vez, ésta reflejada en los pactos de derechos humanos, se requiere considerar en lo posible, a las ideas que estuvieron a disposición del sistema de Naciones Unidas encargados de esa labor, al momento de la formulación de la Declaración. Las influencias de la Comisión se aprecian el

---

*Yearbook of the Human Rights Committee*, que aparecería en inglés y francés y para entonces se preparaba la edición de 1988.

En la actualidad, el sistema de documentación de naciones Unidas señala que el Anuario de Derechos Humanos se publicó desde 1946 y abarcó hasta 1988, en <http://research.un.org/en/docs/humanrights> (consultado el 20 de febrero de 2014). Sin embargo, durante la 55ª. sesión de la Comisión de Derechos Humanos, en un documento titulado *Programa de Promoción y reforzamiento de los derechos humanos y libertades fundamentales se incluye la cuestión por un programa y métodos de trabajo de la Comisión. Desarrollo de actividades de información pública en el campo de los derechos humanos incluyendo la Campaña mundial de Información Pública en Derechos Humanos (Reporte al Secretario General)* del 30 de noviembre de 1993, disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/857/46/PDF/G9385746.pdf?OpenElement> (consultado el 20 de febrero de 2014), se incluye una consideración importante sobre el *Anuario de Derechos Humanos*, pues se señala que fue ampliamente revisado y esa revisión tomó en cuenta las observaciones de gobiernos y ONG's que señalaron que el anuario "No satisfacía las necesidades de información sobre los diferentes cuerpos de Naciones Unidas, por lo que se preparaba un nuevo esquema para ese Anuario, además, anunciaba que estaba en preparación un primer volumen para 1993 sobre la base de los lineamientos del Consejo Económico y Social en su resolución 1979/37 del 10 de mayo de 1979, en el mismo documento E/CN.4/1994/36, p. 8.

Parece contradictorio que por un lado Naciones Unidas reconoce que el Anuario de Derechos Humanos se publicó en 41 ocasiones, en orden descendente, enunciamos los años de su aparición: 1988: 92.XIV.2, 1987: 92.XIV.1, 1986: 91.XIV.4, 1985: 88.XIV.4, 1984: 88.XIV.3, 1983: 88.XIV.7, 1982: 88.XIV.6, 1981: 88.XIV.5, 1980: 85.XIV.8, 1979: 85.XIV.7, 1977-1978: 81.XIV.1, 1975-1976: 80.XIV.1, 1973-1974: 76.XIV.1, 1972: 75.XIV.1, 1971: 74.XIV.1 + Corr.1, 1970: 73.XIV.1, 1969: 72.XIV.1, 1968: 71.XIV.1, 1967: 70.XIV.1, 1966: 69.XIV.1, 1965: 68.XIV.1 + Corr.1, 1964: 67.XIV.1, 1963: 66.XIV.1, 1962: 65.XIV.1, 1961: 64.XIV.1, 1960: 63.XIV.1, 1959: 61.XIV.1, 1958: 60.XIV.1, Supl.: 59.XIV.2, 1957: 59.XIV.1, 1956: 58.XIV.2, 1955: 58.XIV.1, 1954: 57.XIV.1, 1953: 55.XIV.1, 1952: 54.XIV.1, 1951: 53.XIV.2, 1950: 52.XIV.1, 1949: 51.XIV.1, 1948: 50.XIV.4, 1947: 49.XIV.1, 1946: 48.XIV.1, esta lista se encuentra en: <http://lib-unique.un.org/DPI/DHL/unique.nsf/link/r01119> de la Biblioteca *Dag Hammarskjöld*; y por otro lado, señala que en 1993 se estaba preparando una nueva edición de acuerdo con los parámetros de 1979 marcados por el Consejo Económico y Social, esta situación dificulta el conocimiento de los derechos humanos. Lo que más sorprende es que no se encuentren disponibles para su consulta como lo están la totalidad de los Anuarios de Naciones Unidas, cuando la información sobre derechos humanos en la actualidad debiera encontrarse disponible, salvo cuestiones que envuelvan algún tipo de resolución de conflictos, es decir alguna etapa en un mecanismo de solución que lo comprometiese de hacerse público.

en derecho internacional que había desarrollado importantes conquistas en materia de protección contra a la esclavitud, minorías, igualdad de la mujer, refugiados y el derecho humanitario,<sup>205</sup> dentro de esta influencia da cuenta además, el llamado derecho taxativo o *ius cogens*; podemos decir que estos elementos estaban a la mano de la Comisión en el momento de la creación de la Carta internacional de derechos humanos; en segundo lugar, se encuentran los documentos constitucionales vigentes hasta entonces, particularmente las secciones correspondientes a los derechos humanos, los cuales tendrían reflejo en los trabajos en materia de educación en derechos humanos preparados por UNESCO, a los que nos referiremos en seguida; la tercera influencia serían las reflexiones filosóficas que formaron parte de los trabajos de la UNESCO en torno, tanto a la Declaración como respecto del Anuario de Derechos Humanos. Los trabajos de la UNESCO fueron dos: por un lado, los trabajos sobre las bases

---

<sup>205</sup> Véase, las referencias en Niemeyer, Theodor, *Derecho Internacional Público*, trad. de Faustino Ballvé, Barcelona, Labor, 1925, pp. 63 y 64, sobre el tema de los tratados en contra de la esclavitud del siglo XIX proclamada esa oposición desde el Congreso de Viena de 1815, luego por diversas conferencias como el llamado Quintuple tratado del 20 de diciembre de 1841 en el que participaron Inglaterra, Francia Austria, Prusia y Rusia; seguidos por la *Convención de Ginebra de 1864 para mejorar la suerte de heridos y muertos en campaña*, cuyo tema sería retomado por la Conferencia de Paz de la Haya de 1899, revisada y ampliada por la de 1906, en ambos casos, antecedentes de los Convenios de Ginebra de 1949; la coincidencia material se reconoce en los trabajos de André Mandelstam, "La protección internacional de los derechos del hombre," *Recueil des Cours*, París, Académie de Droit International-Sirey, tomo 38, 1931, pp. 126-232, donde se enuncian el derecho relativo a las minorías étnicas y religiosas (el derecho que las protege integra el *fondo jurídico común de humanidad* que se sustrae a la arbitrariedad de los Estados (p. 141), además de preocuparse por la lucha contra la esclavitud, la protección de la infancia, el control de armas, la salud y el trabajo el tratamiento de los refugiados en el marco de la Sociedad de Naciones (pp. 146-169). Recordemos que se trata del mundo de la primera posguerra; las nociones tratadas por el profesor Mandelstam son: el derecho humano positivo donde se incluyen los temas antes mencionados, así como el derecho humano intuitivo (racional) donde el individuo se convierte en sujeto del derecho internacional; en ese contexto de la protección internacional del individuo se inscribe el breve texto de la Declaración de Nueva York o Declaración del Instituto de Derecho Internacional llamada igualmente: Declaración de los Derechos Internacionales del Hombre o Declaración Internacional de los Derechos del Hombre, del 12 de octubre de 1929, de acuerdo con Jaques Maritain, *cfr.* su obra *Los derechos del hombre la ley natural*, trad. Alfredo Weiss y Héctor F. Miri, Buenos Aires, Biblioteca Nueva, 1943, p. 155-159. Esta declaración, la cual también estuvo en manos de la Comisión de Derechos Humanos, señala en su preámbulo a las constituciones estadounidense y la declaración francesa de 1789, y extiende los derechos al hombre, no al ciudadano, consagra la protección sin distinción alguna de acuerdo con la XIV enmienda de la Constitución estadounidense, y hace referencia al reconocimiento de la protección internacional del ser humano a través de los tratados. Esa declaración abarca seis artículos, el primero se centra en el derecho a la vida, la libertad, la propiedad y la igualdad; el segundo, a la libertad de creencias y a libertad de su expresión; el tercero, a la libertad lingüística y a su enseñanza; el cuarto, a la no discriminación en el ámbito de la enseñanza y consagra las libertades económica, profesional e industrial; el quinto se refiere a la igualdad y prohíbe la discriminación directa o indirecta (sin aclararlas); el sexto establece que solo por motivos basados en la legislación general de los Estados se podrá privar de las garantías establecidas en los artículos previos. Esa declaración fue caracterizada por el profesor Mandelstam como un *mínimum* internacional de los derechos del hombre, al igual que la localizó en el artículo 38 del Estatuto de la Corte permanente de Justicia como parte de las fuentes del derecho *en el ámbito de la doctrina de los publicistas*, André Mandelstam, *op. cit.*, nota 194, pp. 228 y 229.

filosóficas de los derechos humanos (1947), y por otro, dos textos relativos a la enseñanza de los derechos humanos de naturaleza histórico-jurídica (1951).

Los textos sobre las bases filosóficas titulados simplemente: *Derechos Humanos. Comentarios e Interpretaciones*, son la reunión de un grupo de pensadores de todo el mundo, que en el año 1947, en torno a los problemas teóricos de la “elaboración de una Declaración Internacional de los Derechos Humanos”.<sup>206</sup> La amplitud de los puntos de vista, abarca también posiciones religiosas y políticas como son: el punto de vista no occidental de los derechos, la concepción de los derechos en el Estado soviético, la concepción de los derechos económicos, algunas posiciones religiosas como el islam y el hinduismo, y reconoce la importancia de la entonces pensada *declaración internacional*, como un parámetro a observar por los Estados “e incorporarlo a sus constituciones”<sup>207</sup>, entre muchos otros temas de importancia actual en las 31 colaboraciones que serían motivo de un *Memorándum y un cuestionario sobre las garantías de la eficiencia de una futura declaración* que reconociesen cada uno de los derechos o libertades que se enuncian en dicho documento.

Las libertades estudiadas en ese trabajo son: libertad religiosa, de opinión y expresión, de reunión, de asociación, de movimiento, de comunicación (la actual libertad de información); la igualdad política para votar y organizar partidos; la libertad de expresión (incluyendo la creación artística); la equidad económica, social y de oportunidad educativa; la de perseguir el proyecto de vida, de enseñanza, de investigación científica y filosófica; el derecho al trabajo, derecho a no trabajar y el derecho al ocio; el derecho y la libertad de los medios de subsistencia individuales y de naciones enteras; el derecho a sentirse protegido, el derecho a la seguridad económica y al bienestar material; en el plano social, el derecho a no ser explotado ni oprimido; el derecho a la justicia; derecho a la salud y a la seguridad social; el derecho a la propiedad; los derechos y libertades de la minorías raciales, políticas, religiosas, culturales o lingüísticas, incluyendo la libre determinación; los derechos de los pueblos que no son políticamente independientes; los derechos de cada nación frente a otra y a la existencia de organismos internacionales y supranacionales; los derechos de los niños, las

---

<sup>206</sup> UNESCO, *Human Rights. Comments and interpretations*, París, 25 de julio de 1948, con la introducción de Jaques Maritain, 276 pp. ver. 1 del prefacio (no de la introducción), que se encuentra disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001550/155042eb.pdf> (consulta 1 de marzo de 2014). Este material sería posteriormente traducido a varias lenguas y formado como el libro del que hay varias ediciones, existe la edición de Carr, E. H. (ed.), *Los derechos del hombre*, trad. de Margarita Nelken, Margarita Villegas de Robles, Margit Frenk de Alatorre, y otros, Barcelona, Editorial Laia, 1976, en concreto, la p. 424.

<sup>207</sup> Debido a la manera en que esa finalidad se expresó por los pensadores del Comité sobre los Principios Filosóficos de los Derechos del Hombre, en ocasiones, tal pareciera que desconocían el origen constitucional de muchos derechos que se enunciarían en ese documento mundial.



mujeres, las personas de edad y los discapacitados; y la pregunta final si se agotan en los anteriores los derechos y libertades del ser humano.<sup>208</sup>

Sin embargo, las bases filosóficas de esos derechos se encontrarían en un número menor que los derechos, los cuales se apoyan en la naturaleza del hombre, tanto en lo individual como en cuanto miembro de la sociedad; esos derechos partirían de su derecho a vivir, al que estarían conectados el derecho a la protección de la salud, el derecho a trabajar, el derecho a ser mantenido en tanto se es niño o si existe alguna incapacidad; el derecho a la propiedad; vendrían a continuación derechos vinculados al propio desarrollo en relación con el bienestar común, tal es el caso del derecho a la educación, el derecho a la información, el derecho a pensar por sí y a la libre investigación, el derecho a la expresión personal y finalmente, un grupo de derechos relacionados con la participación del individuo en la sociedad y la protección contra la injusticia social: el derecho a la justicia, el derecho a la acción política, el derecho a la palabra en los ámbitos de la asamblea, asociación, culto y prensa, así como el derecho a la ciudadanía, el derecho a la revolución o la rebelión y el derecho a participar del progreso (técnico y cultural).<sup>209</sup>

Por otro lado, la historia de la internacionalización de las constituciones y más propiamente, de su contenido en derechos humanos, continuaría de nuevo en Europa; ese continente sería el escenario de los trabajos preparatorios de textos para la enseñanza de los derechos humanos, producidos con motivo de las reuniones de 1951 y 1952 en París, del Comité de Expertos de la UNESCO, donde tomaron parte Eleonor Roosevelt, Boris Mirkine-Guetzévitch, René Cassin y Charles Malik, entre otras importantes personalidades quienes desarrollarían el proyecto de una futura *Colección de textos fundamentales relativos a los Derechos del hombre, Recueil de textes fondamentaux concernant les Droits de l'homme*". Ese documento de fecha 21 de noviembre de 1951, entonces de distribución limitada, se elaboró por ese Comité de expertos y la presentación fue elaborada por el Profesor Mirkine- Guetzévitch; este libro de documentos básicos proponía explicar la idea moderna de los derechos humanos a estudiantes y profesores; se leen las fuentes de ese concepto de derechos humanos, plasmadas en constituciones de la época, así como otros documentos con un gran valor histórico y filosófico que van desde el Discurso de Pericles sobre la Democracia, pasando por la idea de la ley natural de Santo Tomás, los pensadores de la Reforma, la Carta Magna Inglesa, la Declaración de Derechos inglesa de 1689 (*Bill of Rights*), las declaraciones de las excolonias británicas, las declaraciones francesas de

---

<sup>208</sup> "Apéndice I, Memorándum y cuestionario sobre las bases teóricas de los derechos humanos distribuido por la UNESCO", en: UNESCO, *op. cit.*, nota 206, pp. 7 y 8 del Apéndice I correspondiente con las págs. 268 y 269 del texto general.

<sup>209</sup> Apéndice II, en *ibidem*, pp. 1-13 (262-276 del texto general).

1789, 1793 y 1795, la Constitución de Cádiz, otras constituciones del Siglo XIX y XX, como la Alemania de 1919 y la Constitución Mexicana, y la propia Declaración Universal del 1948.<sup>210</sup>

La reunión de expertos de los días 3 a 7 de diciembre de 1951, concluiría en la elaboración de un Reporte final esquemático que sería presentado el 21 de enero de 1952, ante el Director General de la Unesco, Jaime Torres Bodet y ante otras autoridades del organismo internacional. Se trata de un documento breve que divide la historia de los derechos humanos en 19 etapas de la historia del pensamiento y la historia política de la humanidad: pensamiento oriental, judaísmo primitivo, concepción greco-romana, cristiandad temprana, islam, el concepto medieval, la Reforma y su Humanismo, la visión inglesa de los derechos humanos, el Movimiento Enciclopedista, la Independencia Norteamericana, la Revolución Francesa, los inicios del Siglo XIX, el desarrollo de los Derechos Humanos en Latino América, el siglo XIX (Europa), la evolución de los derechos humanos de 1848-1914, el periodo entreguerras, la posguerra, el concepto marxista y la internacionalización de los derechos humanos.<sup>211</sup>

Más adelante, en el seno de la UNESCO se elaboraría un proyecto sobre educación en derechos humanos el cual fue producto del *Seminar on Education for World Citizenship with special reference to the Principles of the Universal Declaration of Human Rights* (Seminario sobre Educación para una Ciudadanía Mundial, con especial referencia a los Principios de una Declaración Universal de Derechos Humanos), realizado en Woudschoten, Países Bajos, en agosto de 1952. Se generaría a partir del seminario, la idea de elaborar una Colección de textos fundamentales de derechos humanos y se encontraría dividida en tres partes, de acuerdo con el orden siguiente:

Primera parte, de acuerdo con el documento base denominado *Matériaux pour l'établissement d'un recueil de textes fondamentaux relatifs aux droits de l'homme: table analytique des matières, introduction: Les Droits de l'homme à travers les siècles*, se incluirían en él, testimonios religiosos y filosóficos del budismo,

---

<sup>210</sup> Véase, *Consideration of the general introduction to the basic documents*, en Mirkin-Guetzévitch, Boris, *Meeting of Experts to Advise on the Preparation of a Book of Basic Documents on Human Rights*, París, 1951, disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001789/178917eb.pdf> (consulta 3 de marzo de 2014).

La tercera parte *Matériaux destinés à l'établissement d'un recueil de textes fondamentaux relatifs aux droits de l'homme, III: l'internationalisation des droits de l'homme*, disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001445/144502eb.pdf> (consulta 3 de marzo de 2014), el cual es una reunión de los tratados del sistema de Naciones Unidas, sería preparada por Andrew Martin, los textos preparatorios.

<sup>211</sup> Véase, el texto *Meeting of Experts to Advise on the Preparation of a Book of Basic Documents on Human Rights*, París, 1951, pp. 3-7, consultable en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001260/126097eb.pdf> (consulta 5 de marzo de 2014).

confucianismo, judaísmo, de la doctrina cristiana, la idea del bien común de Santo Tomás, algunos aspectos de escritores de la Reforma y escritores y filósofos de los siglos XVII y XVIII.

Segunda parte, que consideraría aspectos históricos y legales, en torno a la definición de los derechos humanos, al igual que la Declaraciones de derechos y previsiones constitucionales como las establecidas tanto en el Anuario de Derechos humanos de 1946 a 1949 y la colección de los profesores Aulard y Mirkine-Guetzévitch del año de 1929 y de otras obras compilatorias de la historia constitucional norteamericana.<sup>212</sup>

Tercera parte, es relativa a la internacionalización de los derechos humanos se centra en documentos del siglo XX y es en gran medida la reunión de los tratados del sistema de Naciones Unidas, esta sección sería preparada por Andrew Martin.<sup>213</sup>

### **E) Los pactos internacionales sobre derechos humanos**

El surgimiento de los pactos de derechos humanos ocurrió el viernes 16 de diciembre de 1966, cuando durante la sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas fueron dados a conocer al mundo tres instrumentos jurídicos sobre derechos humanos que vendrían a completar y materializar una parte fundamental del proyecto llamado Carta Internacional de Derechos Humanos, que fue planteado desde 1946 en los inicios de la Organización; este hecho sería anunciado como: “la primera vez en la historia, dos pactos o tratados sobre derechos humanos que la Asamblea General aprobó en votación unánime, ofrecerán protección internacional a los derechos básicos del ser humano. Estos pactos a su debido tiempo se convertirían en instrumentos obligatorios para los países que los ratifiquen. Entrarán en vigor cuando 35 países se hayan hecho partes en ellos. La aprobación de la Asamblea es una piedra miliar en los esfuerzos de Naciones Unidas para conseguir el reconocimiento y respeto universal de los derechos humanos.”<sup>214</sup>

---

<sup>212</sup> Se mencionan varias obras recopilatorias como la de Miller Davis, *Constitutions, Electoral Laws, Treaties of States in the near and Middle East*, Duke University Press, 1947: El documento puede consultarse en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001445/144507eb.pdf> (visitado el 7 de marzo de 2014). Cabe aclarar que no se dispone de la segunda parte, salvo la mención que se hace en la página 3 del documento, aunque se señala que la parte segunda es la más importante.

<sup>213</sup> Dichos textos preparatorios se nombraron: *Matériaux destinés à l'établissement d'un recueil de textes fondamentaux relatifs aux droits de l'homme, III: l'internationalisation des droits de l'homme*, esta sección está disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001445/144502eb.pdf> (consulta 10 de marzo de 2014).

<sup>214</sup> Oficina de Información Política de la ONU, “Derechos Humanos. Los Pactos Internacionales y el Protocolo Facultativo”, *Crónica Mensual*, Nueva York, ONU, vol. IV, núm. 2, 1967, p. 41.

Los instrumentos a que nos referimos son en ese orden, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y políticos. El tercer instrumento, aprobado por mayoría, fue el Protocolo Facultativo, anexo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Si nos preguntamos cómo se desarrolló el camino de las declaraciones y de los tratados sobre derechos, éste puede trazarse tomando en cuenta dos aspectos: su desarrollo regional y su diversificación material, es decir, la especificación de sus contenidos, que fueron avanzando en diversos ámbitos donde e incluso, la sociedad civil ha tomado parte importante en ese proceso. Algunas declaraciones y conjuntos de principios han sido desarrollados en diferentes ámbitos regionales y de las Naciones Unidas; sin embargo, la imposibilidad debida a falta de voluntad política o determinada por factores económicos ha favorecido que los Estados den prioridad a los tratados y su exigibilidad. En ese camino, las declaraciones regionales no han dejado ser referenciales, pero no es posible advertir un impacto tan grande en la humanidad como lo tiene la declaración universal.

El camino de los derechos humanos también puede seguirse a partir de su división generacional en la ruta propuesta por Karel Vasak. Los derechos recogidos en la Declaración Universal son civiles y políticos, económicos y sociales, dos tipos que se identifican en generaciones, ante lo que el Director de la Unesco, el senegalés Amadou-Mahtar M'Bow, consideró que la posibilidad de examinar el desarrollo de las sociedades humanas permite referirse a una tercera generación. Tomando como base ese cuestionamiento, relata Karel Vasak que los derechos de la primera generación están basados en la posibilidad *de oponerse al Estado* (civiles y políticos), mientras los de segunda generación (económicos, sociales y culturales) se apoyan en el *derecho a exigir a Estado, en tanto que los derechos de tercera generación propuestos a la comunidad internacional son derechos de solidaridad*, y más ampliamente precisa: "Inspirándose, como se inspiran en una cierta concepción de la vida humana en comunidad, tales derechos (derecho al desarrollo, derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, derecho a la paz, derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad) sólo pueden ponerse en práctica gracias al esfuerzo conjunto de todos: desde los individuos y los Estados hasta las entidades y órganos públicos y privados."<sup>215</sup>

---

<sup>215</sup> Al describir la acción de la ONU sobre los derechos humanos se destacan la elaboración de una declaración, la emisión de los pactos de derechos civiles y políticos, y la creación de estructuras para vigilar su aplicación, el jurista checo considera a la Declaración Universal como la *Carta Magna de la Humanidad*, Vasak, Karel, "La larga lucha por los derechos humanos", *El correo de la Unesco*, París, año XXX, noviembre de 1977, p. 29. Por otra parte, en torno al tema e incluso unos pocos años antes, en 1970, aunque podemos decir, que en esa misma época, Luis Recaséns Siches propuso una clasificación de los derechos de la persona humana en tres grupos: en primer lugar, los *derechos individuales*, que abarcan los derechos de libertad y de

En tiempos recientes, han surgido diferentes concepciones sobre los derechos del hombre que evidencian el papel activo de la sociedad civil y de la academia; no se trata de posiciones divergentes, sino emergentes o alternativas en contextos de protesta de la sociedad civil en un plano global y promoción de los derechos desde concepciones sociológicas, dando pie a una declaración de los derechos humanos emergentes, la cual puntualizaría y reinterpretaría algunos derechos contenidos en la Declaración Universal. Se trata de un producto de la sociedad civil: “La Declaración de Derechos Humanos Emergentes nace desde la sociedad civil global en los inicios del siglo XXI, con objeto de contribuir a diseñar un nuevo horizonte de derechos, que sirva de orientación a los movimientos sociales y culturales de las colectividades y de los pueblos y, al mismo tiempo, se inscriba en las sociedades contemporáneas, en las instituciones, en las políticas públicas y en las agendas de los gobernantes, para promover y propiciar una nueva relación entre sociedad civil global y el poder.”<sup>216</sup> Los derechos emergentes fueron caracterizados de la siguiente manera: “la Carta de Derechos <después Declaración> Humanos Emergentes recoge una serie de derechos que hasta el momento no han sido recogidos por ningún instrumento internacional de protección y defensa de los derechos humanos. Son demandas de los movimientos sociales recogidas por la sociedad civil global.”<sup>217</sup>

Esta Declaración tomó forma en el Fórum Universal de las Culturas de Barcelona en 2004 y se materializaría en la cumbre de las Culturas de Monterrey, México, en 2007, donde finalmente cambia el nombre del proyecto original de Carta a

---

igualdad en cuanto a la dignidad personal y a sus consecuencias (igualdad jurídica de los sexos, no discriminación por origen étnico, color, religión, etcétera, inviolabilidad del domicilio, la vida, elección del trabajo, del estado civil, garantías procesales, entre otros; en este grupo se localizan los derechos a evitar una intromisión en el área de autonomía o libertad individual, tanto de otros sujetos como por autoridades y se caracterizan por la exigencia de un no hacer y se actualizan en un “repeler toda intrusión ajena indebida”. Los derechos individuales o de libertad admiten una especie de gradación, ya que señala este autor el carácter absoluto de la libertad de conciencia en tanto pura libertad, mientras que la inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia permite justificadamente algunas limitaciones. En segundo término se encuentran los *derechos democráticos*, como el de participación en el gobierno del propio país, la libertad de reunión y de asociación; estos derechos requieren un entramado legal que regule su ejercicio, regularmente tomando en consideración razones de orden público o el reconocimiento de la licitud de sus fines. En tercer lugar se enuncian *los derechos sociales, económicos y a la educación*, cuyo contenido se materializa en las prestaciones establecidas en las leyes y en la prestación de servicios públicos, por entes privados como los empresarios, el Estado u otras entidades públicas, *cfr.* Recaséns Siches, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1979, pp. 337-338. Es preciso mencionar que dicho autor finaliza esta obra con la clasificación de los derechos humanos, pero no se trata de la primera aproximación al tema puesto que se encuentra delineando y afinando las ideas expuestas con anterioridad en su artículo: “Renacimiento iusnaturalista en normas del derecho internacional presente”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, núms. 35-36, julio-diciembre, 1959, pp. 271-300.

<sup>216</sup> Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, *Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes*, Cataluña, p. 22 en línea en: <http://www.idhc.org/cat/documents/Biblio/DUDHE.pdf> (consulta 12 de marzo de 2014).

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 38.

Declaración; es justificada por sus promotores, como la voz de la sociedad civil internacional organizada frente a la globalización y sus efectos adversos, los cuales son evidentes; se señala que su emisión no pretende sustituir a la Declaración Universal sino actualizarla con derechos ciudadanos, es decir, darle una nueva significación y profundidad en un contexto “antiglobalización”; en ella se caracteriza a lo “emergente en tanto que adjetivo significa que sale a la superficie, que nace, que se materializa. Si aplicamos este término al concepto de derechos humanos (...) nos lleva a identificar aquellos principios y prerrogativas que hoy aparecen como reivindicaciones de la sociedad civil globalizada y devienen exigencias éticas ante los estados y la comunidad internacional.”<sup>218</sup>

La Carta de los Derechos Humanos Emergentes señala derechos que pueden encontrarse en la Declaración Universal, y consagra principalmente derechos prestacionales y de solidaridad, enfocados desde el punto de vista de la “sociedad civil” (organizada y activa en los movimientos sociales); las posibilidades de hacer efectivos esos derechos son remotas porque representan grandes erogaciones a cargo del Estado; ese documento se apoya en los valores de dignidad, vida, libertad, solidaridad, igualdad, convivencia, paz, conocimiento, los cuales no son más que aclaraciones del fundamento axiológico presentes en la declaración universal; además, ese documento comprende los siguientes principios: seguridad humana, no discriminación, inclusión social, coherencia (síntesis de la interdependencia, indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos); horizontalidad (es decir, no jerarquía y la misma protección en lo interno e internacional=universalidad); interdependencia y multiculturalidad; género, participación política, responsabilidad solidaria (en un sentido similar a la idea de responsabilidad en derecho civil pero los sujetos obligados son el Estado y la Comunidad Internacional) y el principio de exigibilidad (que implica la búsqueda de su eficacia). Su contenido se enuncia en diversos títulos: derecho a la democracia igualitaria, derecho a la democracia plural, derecho a la democracia paritaria, derecho a la democracia participativa, derecho a la democracia solidaria, y derecho a la democracia garantista.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> Véase Ramírez, Gloria 2004, “De la Declaración Universal de Derechos Humanos del siglo XX a la Carta de Derechos Humanos Emergentes del siglo XXI”, s. p., en Pareja, Estela y Guillén Aida, “La Carta de Derechos Humanos Emergentes: una respuesta de la sociedad civil a los retos del siglo XXI”, Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, *Naturaleza y Alcances de los Derechos Humanos Emergentes: La Carta de Derechos Humanos emergentes y el derecho humano a la renta básica de la ciudadanía*, p. 22 disponible en línea en: [http://www.idhc.org/esp/documents/Biblio/CDHE\\_01.pdf](http://www.idhc.org/esp/documents/Biblio/CDHE_01.pdf) (consulta 15 de marzo de 2014).

<sup>219</sup> Para tener una idea más clara, a continuación extrajimos un resumen de ese documento: Artículo 1. Derecho a la existencia en condiciones de dignidad. “Todos los seres humanos y las comunidades tienen derecho a vivir en condiciones de dignidad”. Comprende los derechos: 1. A la seguridad vital, 2. A la integridad personal. 3. A la renta básica o ingreso ciudadano universal. 4. Al trabajo; 5. A la salud, a la asistencia sanitaria y a los medicamentos. 6. A la educación, al saber y al conocimiento, a la formación continuada e inclusiva y a la erradicación del analfabetismo. 7. A una muerte digna. Artículo 2. Derecho a la

Esa Declaración refleja las condiciones de la sociedad contemporánea, sin embargo, su realización no parece materializable en lo inmediato, sino un tanto utópica, tal es el caso del derecho a la renta básica que en esta concepción se extiende a los migrantes y respecto del cual se ha hecho una fundamentación y justificación extensas, pero no se establecen acciones específicas, fuera del planteamiento general de conseguirlo mediante reformas fiscales que peritan una renta básica para reducir la pobreza y generar un nivel de igualdad económica.<sup>220</sup>

El camino de las declaraciones de derechos continuó diversificándose de manera que, sin considerar la existencia de instrumentos convencionales, se han emitido

---

paz. “Todo ser humano y toda comunidad tienen derecho a que la vida humana quede garantizada por un sistema social en el que los valores de paz y solidaridad sean esenciales y en el que los conflictos se resuelvan mediante el diálogo y otras formas de acción social pacíficas”. Artículo 3. Derecho a habitar el planeta y al medio ambiente. “Todo ser humano y toda comunidad tienen derecho a vivir en un medio ambiente sano, equilibrado y seguro, a disfrutar de la biodiversidad presente en el mundo y a defender el sustento y continuidad de su entorno para las futuras generaciones”. Artículo 4. Derecho a la igualdad de derechos plena y efectiva. “Todos los seres humanos y toda comunidad tienen derecho a la igualdad de derechos plena y efectiva”. Que comprende los derechos: 1. a la igualdad de oportunidades. 2. a la protección de los colectivos en situación de riesgo o de exclusión (niños migrantes, discapacitados). Artículo 5. Derecho a la democracia plural. “Todos los seres humanos y toda comunidad tienen derecho al respeto de la identidad individual y colectiva, así como el derecho a la diversidad cultural”. Éste comprende los siguientes derechos: 1. A la interculturalidad. 2. A la libertad cultural. 3. Al reconocimiento y protección de la identidad cultural común. 4. Al honor y la propia imagen de los grupos humanos. 5. El derecho de los pueblos indígenas, los afrodescendientes, las minorías y las personas que los integran. 6. A la libertad de conciencia y religión. 7. A la información. 8. A la comunicación. 9. A la protección de los datos personales. Artículo 6. Derecho a la democracia paritaria. “Mujeres y hombres tienen derecho a la democracia paritaria”, y comprende los siguientes derechos: 1. A la igualdad. 2. A la autodeterminación personal y la diversidad y autonomía sexual. 3. A la elección de los vínculos personales. 4. A la tutela de todas las manifestaciones de comunidad familiar. 5. A la salud reproductiva. 6. A la representación paritaria. Artículo 7. Derecho a la democracia participativa. “Todos los seres humanos y toda comunidad tienen derecho a participar activamente en los asuntos públicos y a disfrutar de una administración democrática en todos los niveles de gobierno”. Comprende los siguientes derechos: 1. A la ciudad. 2. A la movilidad universal. 3. El derecho universal al sufragio activo y pasivo. 4. A ser consultado. 5. El derecho a la participación. 6. El derecho a la vivienda y a la residencia. 7. Al espacio público, a la monumentalidad y a la belleza urbanística. 8. A la movilidad local y a la accesibilidad. 9. A la conversión de la ciudad marginal en ciudad de ciudadanía. 10. Al gobierno metropolitano o plurimunicipal. Artículo 8. Derecho a la democracia solidaria. “Todos los seres humanos y toda comunidad tienen derecho al desarrollo y a la salvaguarda de los derechos de las generaciones futuras”. Incluye los siguientes derechos: 1. A la ciencia, la tecnología y el saber científico. 2. A participar en el disfrute del bien común universal. 3. Al desarrollo. Artículo 9. Derecho a la democracia garantista. “Todos los seres humanos y toda comunidad tienen derecho al Derecho, a la democracia y a la justicia internacional”. Este derecho agrupa los derechos: 1. A la justicia internacional y a la protección colectiva de la comunidad Internacional. 2. El derecho y el deber de erradicar el hambre y la pobreza extrema. 3. A la democracia y a la cultura democrática. 4. A la verdad y a la justicia. 5. A la resistencia. 6. El derecho y el deber de respetar los derechos humanos. 7. A un sistema internacional justo. 8. A la democracia global, Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, *op. cit.*, nota 205, pp. 51-63.

<sup>220</sup> Cfr. Pareja, Estela y Guillén Aida, *op. cit.*, Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, *op. cit.*, nota 207, pp. 45-50.

diversos instrumentos declarativos en materia de derechos humanos alcanzan cerca de 40.<sup>221</sup>

El camino de las declaraciones continúa avanzando, sin embargo, la declaración Universal mantiene su vigencia, se trata de uno de los instrumentos más importantes de la humanidad y es por ello que se justifica su denominación como la Carta Magna de la Humanidad. Las declaraciones de derechos continuarán diversos caminos como lo son los foros de académicos y organizaciones no gubernamentales, se irán especializando, no obstante, el referente principal continúa siendo la Declaración Universal.

---

<sup>221</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración de Brasilia de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana; Declaración de Compromiso en la Lucha contra el VIH-SIDA; Declaración de Estocolmo Sobre el Medio Ambiente Humano; Declaración de las Naciones Unidas Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; Declaración de los Derechos de los Impedidos; Declaración de los Derechos del Niño; Declaración de los Derechos del Retrasado Mental; Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional; Declaración de los Principios sobre Libertad de Expresión; Declaración del Milenio; Declaración Sobre Asilo Territorial; Declaración Sobre el Derecho al Desarrollo; Declaración Sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz; 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; Declaración Sobre el Fomento entre la Juventud de los Ideales de la Paz, Respeto Mutuo y Comprensión entre los Pueblos; Declaración Sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social; Declaración Sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales; Declaración Sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer; Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer; Declaración Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones; Declaración Sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado; Declaración Sobre la Protección de Todas las Personas Contra la Desapariciones Forzadas; Declaración Sobre la Protección de Todas las Personas Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Declaración Sobre la Raza y los Prejuicios Raciales; Declaración Sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad; Declaración Sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas; Declaración Sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No son Nacionales del País en que Viven; Declaración Sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder; Declaración Sobre los Principios Fundamentales Relativos a la Contribución de los Medios de Comunicación de Masas al Fortalecimiento de la Paz y la Comprensión Internacional, a la Promoción de los Derechos Humanos y a la Lucha contra el Racismo, el Apartheid; Declaración Sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos; Declaración Universal Sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición; Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (Declaración de Durbán); y la Declaración y Programa de Acción de Viena, entre otras, fuentes: [http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs\\_subj\\_sp.asp?subj=32](http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_subj_sp.asp?subj=32) y [http://www.ordenjuridico.gob.mx/derechos\\_humanos.php](http://www.ordenjuridico.gob.mx/derechos_humanos.php) (consulta del 15 de febrero de 2014), se enuncian ejemplificativamente algunos de los documentos de los ámbitos de Naciones Unidas e incluso del ámbito interamericano.



## Conclusiones

Primera.- Es posible advertir categorías que se encuentran presentes en la mayoría de los órdenes jurídicos, en diferentes épocas, han expresado valores comunes de las sociedades, han adquirido universalidad, lo que significa una presencia constante en las sociedades y en sus concepciones jurídicas.

Segunda.- Los derechos humanos pueden considerarse universales jurídicos, los cuales, aunque comparten una significación, en relación a sus posibilidades reales de aseguramiento, son diversos; sin embargo, la búsqueda de su aseguramiento o pretensión de universalidad, es una idea que se comparte a lo largo del mundo. La llamada universalidad como característica de estos derechos se identifica con el deber de cada Estado de hacerlos efectivos, con independencia de su sistema político, económico o ámbito cultural.

La Constitución y los derechos humanos son conceptos jurídicos que se han extendido mundialmente, de manera que cada sociedad políticamente organizada encuentra en estas dos nociones los parámetros para realizar sus objetivos comunes. A pesar de la diversidad de formas de entender el mundo, de los sistemas y familias jurídicas, estas nociones reconocen y se encuentran en los posibles límites de esa diversidad para encontrar su lugar en cada sociedad, colocando, a la Constitución como parte integrante de la vida de los individuos. En otros términos, los derechos se extienden a pesar de la diversidad cultural, ésta continúa siendo un factor determinante que se ha ido flexibilizando ante esa propagación de los derechos humanos, y es precisamente a través de esos derechos que las diversidades culturales han encontrado una manera de expresarse y reivindicarse.

Tercera.- La vivencia de la Constitución se identifica con la vivencia de los derechos humanos, los cuales son un elemento imprescindible de su conformación; éstos se han trasladado al uso cotidiano mediante intercambios comunicativos, colocándolos en un nivel lingüístico básico; el lenguaje de los derechos humanos se integra además de las concepciones comunes de la humanidad como la vida, la seguridad, la salud, y se compone de elementos axiológicos y elementos técnico-jurídicos, de manera que los derechos humanos pueden ser considerados como un lenguaje, lo que facilita su transmisión, permanencia y evolución, lo que los hace susceptibles de aprendizaje o aprehensión en diversos grados de complejidad. Su doble pertenencia representa una especie de diglosia que consiste en la verificación de dos registros para describir la misma realidad, una virtud de los derechos humanos. Esta condición se vincula con una característica que no es reconocida pero debe denominarse accesibilidad de los derechos humanos, que es a la vez que una condición, un

presupuesto de los mismos, relacionada directamente con su universalidad; las implicaciones de la accesibilidad se encuentra directamente relacionada con la posibilidad de que los derechos humanos y los documentos que tratan sobre éstos se encuentren disponibles en diversas lenguas que y no sea exclusivamente la predominante lengua inglesa, es decir, que un elemento de su accesibilidad es la necesidad de aplicar de utilizar el multilingüismo en favor de los derechos humanos y su ejercicio.

Cuarta.- En el proceso de expansión “lingüística de los derechos humanos”, la tecnología ha contribuido significativamente a establecer mecanismos para su difusión, favoreciendo un acercamiento o contacto paulatino de los individuos con esos derechos, lo cual permitirá a la larga, una mayor efectividad; sin embargo, a pesar de las posibilidades de expansión, ni los organismos internacionales ni los Estados han hecho lo posible por aprovechar al máximo las facilidades tecnológicas y favorecer las expresiones de los derechos humanos en un número cada vez más creciente de personas con distintas lenguas y distintos medios tecnológicos, relacionadas también con la accesibilidad de los derechos humanos y del conocimiento de los mismos.

La incorporación lingüística de los derechos ocurrió también como consecuencia de hechos o procesos sociales de transformación política, donde la instauración de derechos humanos ha sido un *leitmotiv* o reivindicación popular; dichos procesos históricos como el norteamericano, la independencia de colonias españolas de las metrópolis; y el revolucionario francés, confluyen en la generación de un cambio de régimen y significaron el establecimiento de un paradigma constitucional liberal que se expendería a todo el mundo en el siglo XVIII y XIX; en esta etapa, las constituciones alcanzaron una proyección mundial, junto con la expansión de los derechos humanos que se encontraban incorporados en muchos casos, a manera de declaraciones en los preámbulos de los textos constitucionales.

Quinta.- En el caso de las constituciones escritas, los derechos humanos o derechos fundamentales, como se identifican en el ámbito doméstico, tienen preeminencia incluso frente a otras normas constitucionales, con lo que queremos significar que, aún en la máxima jerarquía de un orden doméstico, existe un orden o prelación de normas donde los derechos humanos tienen el nivel más importante. Así, el establecimiento de un régimen de derechos humanos en los órdenes constitucionales, corresponde a una de las más importantes decisiones políticas fundamentales; así ocurrió con las nuevas constituciones emanadas de esos procesos revolucionarios y de independencia, refrendándose en las sucesivas transformaciones constitucionales.

Sexta.- En distintos momentos de la historia, la ruta de los derechos humanos y de la Constitución, se han distanciado y en otros se cruzan. El contenido de derechos humanos en las constituciones puede calificarse como transnacional en cuanto a que las delimitaciones de esos derechos sobrepasan los límites de las fronteras estatales y de los sistemas de protección; este hecho no quiere decir que exista una superioridad de los sistemas de protección respecto de los sistemas estatales, sino una relación de complementariedad y subsidiariedad. En la actualidad, es innegable cómo la Constitución y los derechos humanos pertenecen al llamado derecho público, y comparten una misma naturaleza y una misma realidad de tipo transnacional, la cual no abarca únicamente los aspectos sustantivos, sino también alcanza al derecho adjetivo. No debe perderse de vista cómo la división entre derecho público y privado se mantiene en un cierto sentido pedagógico.

Séptima.- La noción de *ley fundamental* del siglo XXI, agrupa, además de las normas relativas a la organización política, al conjunto de normas dotadas de un *supravalor*: los derechos humanos; la idea de la Constitución en el sentido que conocemos actualmente, la cual encontró su origen en el último quinto del siglo XVIII, y se ha enriquecido además, por la influencia de fuentes derivadas del derecho comparado, así como de elementos provenientes del orden internacional. Sin embargo, las “evidencias documentales” como la elaboración de un Anuario de derechos humanos a cargo de las Naciones Unidas que tomó los textos constitucionales para enunciar el contenido de los derechos humanos vigente en el mundo nos habla de la innegable influencia constitucional en el ámbito internacional, más aún cuando los textos constitucionales estuvieron en manos de la misma Comisión de Naciones Unidas que elaboraría la Declaración Universal y tuvo a cargo la creación de los pactos de derechos humanos vigentes desde 1966.

Octava.- Una característica de los derechos humanos consiste en su transversalidad, lo que significa que su contenido puede abarcar distintas áreas del conocimiento jurídico en diferentes proporciones constituyendo puntos de contacto entre éstas, con miras siempre a la mejor y más amplia protección del ser humano.

Novena.- Los derechos humanos son objeto de los sistemas de protección, entre los cuales, para una mejor efectividad de los propios derechos, se están perfilando los elementos de un diálogo que se centra entre los principales intérpretes u operadores del derecho; ese diálogo debe tener por finalidad brindar a los individuos la protección más favorable y amplia.

El diálogo en derechos humanos se ha especificado materialmente, gracias a la participación de intérpretes especializados; ese diálogo favorece a los propios derechos gracias a la actualización de las interpretaciones de que son objeto; se

trata de un fenómeno dinámico que se observa mediante la emisión de informes, sentencias, observaciones y comentarios generales, recomendaciones y demás resoluciones emitidas por mecanismos de derechos humanos. Actualmente, el diálogo constituye uno de los catalizadores de la formación del llamado *ius commune publicum*.

Décima.- Las declaraciones consisten en la enunciación o agrupamiento de derechos elementales, ya sea de manera general reuniendo a los derechos humanos, o bien a distintos derechos relativos a una materia. Las declaraciones surgieron independientes de las normas orgánicas constitucionales, a las que finalmente se incorporaron adquiriendo con frecuencia un papel “preambular”, sin embargo las constituciones deben mantener en cualquiera de sus preceptos coherencia constitucional, que significa que deben ser entendidas como un todo orgánico y sistemático con arreglo a fines. Las declaraciones de derechos se encuentran entre los elementos más importantes de la expansión de los derechos humanos, y se refiere al medio en que éstos se estructuran u organizan; aquéllas se desarrollaron en los textos constitucionales para transferirse al ámbito internacional. El concepto de declaración con un contenido en derechos humanos se ha mantenido vigente desde finales del siglo XVIII, diversificándose sus expresiones; comenzó en el ámbito interno de la mano de los paradigmáticos procesos revolucionarios del siglo XVIII, para pasar a formar el preámbulo de las constituciones políticas y luego integrarse a los textos constitucionales, en donde ha permanecido vigente la denominación declaraciones de derechos, y se expendió al ámbito de la internacional a principios del siglo XX. Una etapa final se reconoce como una expresión del derecho público *transnacional*, encontrando cierta sinonimia con la noción de derecho público común, sin embargo el desarrollo del derecho común se ha seccionado en las regiones donde se han construido sistemas de protección regionales, ambos encuentra una convergencia en cuanto a su ámbito material: los derechos humanos.

Décimo primera.- El proceso llamado internacionalización de las constituciones debe entenderse como una consecuencia de la previa constitucionalización del derecho internacional, la cual es un proceso del desarrollo histórico del derecho constitucional; por una parte, la internacionalización de las constituciones consiste en la presencia cada vez más frecuente en las cartas fundamentales de los Estados, de elementos creados en el ámbito de las relaciones entre los Estados, y entre los que destacan disposiciones que en el ámbito interno se conocen como derechos de fuente internacional. Las características del derecho constitucional que se expandió, permiten reconocerlo como racional y proclive hacia la restricción del poder; este *neoconstitucionalismo* (en su sentido auténtico) logró un claro concepto de los derechos humanos, en él se reconoció su doble carácter de

derechos subjetivos, pero también como una directiva y límite de conducta de la administración, la justicia y la legislatura, y en general de las funciones públicas: un *neoconstitucionalismo* racional, en favor de los derechos humanos y restrictivo de posibles abusos del poder, por tanto democrático, el cual se encuentra desvinculado de las nociones actuales del *neconstitucionalismo*

Décimo segunda.- De manera preliminar, con respecto al origen del concepto de los derechos humanos del siglo XXI, podemos acercarnos a la procedencia de las materias que se fueron generando en el orden internacional en el proceso de creación de los instrumentos internacionales en el ámbito de las Naciones Unidas; en el tránsito de la Sociedad de Naciones a la ONU, se aprecian las materias del ámbito internacional: la lucha contra la esclavitud, la protección de minorías, la igualdad de la mujer, la protección de refugiados y el derecho humanitario; a dichos ámbitos se sumaron los desarrollos constitucionales domésticos que le dieron el mayor contenido a esa idea de derechos humanos.

El panorama acerca del papel de los derechos humanos es el siguiente: existen realidades como la vida, la libertad ambulatoria, la libertad de expresión, la salud, etc, los cuales se consagran y protegen en disposiciones de órdenes diversos: constitucionales, legales, reglamentarios, tratados, declaraciones y otros estándares. La protección de esos bienes se realiza tomando en cuenta a las normas jurídicas y las interpretaciones tendientes a brindar una protección más amplia al bien que se protege.

Décimo tercera.- La constitucionalización del derecho internacional es un fenómeno jurídico que ocurre a principios del siglo XX, en el periodo de entreguerras, gracias a los esfuerzos de Boris Mirkin-Guetzévitch y Francisco Alfonso Aulard y Ernesto Hamburger) que trabajaron la cuestión constitucional comparativa, fundamentalmente en la materia de las declaraciones de derechos a través de la compilación de materiales en el primer Anuario de Derechos humanos del organismos internacional (1946). Ese ejercicio fue inmediatamente anterior y desarrollado por la Comisión de Derecho Humanos de Naciones Unidas que elaboraría el instrumento "universal" por excelencia: la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, dando paso a los cimientos de los sistemas de protección de derechos, los cuales se reflejarían en los posteriores pactos de derechos humanos, que en su conjunto se conocerían como la Carta Internacional de los Derechos Humanos. La UNESCO tuvo un papel destacado al realizar algunos esfuerzos para explicar los alcances de los derechos humanos que se establecerían en la Declaración Universal, donde contó con el especial trabajo de Mirkin Guetzévitch, quien colaboró con algunos integrantes de la Comisión de derechos humanos.

Décimo cuarta.- Respecto de la declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal, dos ejemplos cercanos a nuestro país, existieron proyectos preparatorios que abonaron el camino hacia su emisión en 1948; se ha discutido mucho su naturaleza y llegado a cuenta de que es una resolución no obligatoria porque no es emanada de la voluntad expresada en el texto de un tratado; sin embargo, en sus inicios no se discutía tan escrupulosamente su obligatoriedad, sino que se tuvo en cuenta como si se tratase derecho positivo, atendiendo a su aspecto material u objeto de su regulación, de hecho algunos de los proyectos de declaración y los propios trabajos preparatorios la consideraron como un instrumento que formaría parte de las constituciones de los Estados.

Décimo quinta.- Las declaraciones se han expandido y especializado llegando en el ámbito de ONU e interamericano a cerca de 40 ejemplos; incluso se han originado desde algunos foros de la sociedad civil, proyectos complementarios a la Declaración Universal, como es la Declaración de Derechos Humanos Emergentes que reúne derechos de solidaridad y prestaciones estatales mediante las cuales se busca garantizar el derecho a un renta básica incluso para migrantes, ello es plausible pero requiere erogaciones enormes a cargo de los Estados. Sin embargo por especializados que sean los proyectos y declaraciones emanados de distintos foros, el referente fundamental continúa siendo la Declaración Universal.

### **Capítulo tercero. Elementos para una idea de los derechos humanos**

SUMARIO: I. Algunos enfoques sobre los derechos humanos. A) El contenido de un enfoque histórico. i. Clasificación de los acontecimientos constitucional e históricamente significativos. ii. ¿Una historiografía de los derechos humanos? iii. Cronología de los derechos humanos y sus antecedentes positivos. B) El contenido de un enfoque filosófico/ideológico. i. Ideas sobre el fundamento de los derechos humanos. ii. Ideas sobre el derecho natural. iii. Aproximación al concepto de dignidad humana. iv. La mención de la dignidad en el derecho constitucional. C) Claves de un enfoque sistemático jurídico. D) Líneas para un enfoque multi e interdisciplinario. II. Epistemología y derecho humanos. A) ¿Los derechos humanos son una disciplina científica autónoma? i. Líneas para un método de enseñanza de los derechos humanos. ii. Propuesta de clasificación de las normas de derechos humanos. iii. Aproximaciones al concepto de derechos humanos. III. El papel fundamental de los derechos humanos en materia de defensa de la Constitución: la idea del control convencional. A) La interpretación constitucional y una especie de “control de convencionalidad”. B) Circunstancias y explicación de una especie de “control de convencionalidad”. C) El papel de la contradicción de Tesis 293/2011. Conclusiones.

#### **I. Algunos enfoques sobre los derechos humanos**

La aproximación a un determinado objeto del conocimiento jurídico y la atribución de mayor significado a un determinado aspecto o aspectos de su complejidad, dependerán de aquello sobre lo que deseamos profundizar, alcanzar o conocer, así como de nuestro ámbito disciplinario, nuestras experiencias, y en general, del conjunto de nuestras circunstancias que ayudarán a conformar un enfoque sobre el objeto jurídico de conocimiento. Los derechos humanos pueden ser estudiados apoyándonos en varios enfoques,<sup>222</sup> dichas perspectivas corresponden con

---

<sup>222</sup> En el ámbito internacional, se promueve el llamado enfoque de derechos humanos, como una forma de aproximarse a los objetos de la realidad; dicho enfoque es tratado de manera similar a una metodología para el análisis de los hechos de la realidad, a partir de los derechos humanos y constituye la asignación o reconocimiento a esos derechos como un parámetro, a partir del cual o de los cuales, se debería implementar cada política estatal que beneficie de la manera más amplia su aplicación, tomando en cuenta los estándares internacionales e identificando a los titulares de derechos y obligaciones; sin embargo, en el presente caso no podemos confundir el enfoque de derechos humanos con los enfoques que adoptaremos para su estudio, ya que este enfoque se desenvuelve como una forma de analizar la realidad de un sistema determinado. En el ámbito de la ONU, ese enfoque se ha vinculado al derecho al desarrollo, véase el documento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, Nueva York-Ginebra, OHCHUD-ONU, 2006, pp. 16-19, disponible en línea en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf> (consulta 15 de marzo de 2014).

Así, también en materia de educación para los derechos humanos se ha señalado la importancia de este enfoque que cuenta con los siguientes elementos: participación, responsabilidad y Estado de Derecho, no-discriminación, igualdad y grupos vulnerables, empoderamiento, vínculos al marco de derechos humanos y sistema(s) y estándares (de derechos) véase, Løkke Rasmussen, María, *Recursos para la educación en derechos humanos. Guía del educador para la planificación y gestión en derechos humanos*, trad. César Bunster, Chile, Instituto Danés de Derechos Humanos-Ministerio de Educación, 2013, p. 15. Disponible en línea en [http://www.humanrights.dk/files/media/dokumenter/udgivelser/hre\\_esp.pdf](http://www.humanrights.dk/files/media/dokumenter/udgivelser/hre_esp.pdf). (consulta 17 de marzo de 2014).

aproximaciones a diversos campos o áreas del conocimiento desde los que se puede conocer a dichas realidades jurídicas. En el estudio de los derechos humanos, trataremos algunos elementos que componen los enfoques: histórico o historicista, filosófico/ideológico y sistemático jurídico, los cuales no se pueden concebir de manera aislada, pues se interrelacionan y complementan, al igual que su objeto de conocimiento. Únicamente señalaremos algunas líneas básicas sobre dichos enfoques. Así, no se puede entender el surgimiento de una idea sobre el derecho y particularmente sobre los derechos humanos, sin reconocer el medio social que la originó, sus circunstancias históricas, ni sus finalidades. Y viceversa, por ejemplo, en los acontecimientos históricos que dieron como resultado el establecimiento de una constitución política, no se puede desconocer la idea revolucionaria o el fundamento filosófico-político que lo impulsó, como son los conocidos casos americano y francés.

A cerca de la construcción del conocimiento jurídico, el filósofo del derecho Rudolf Stammler, apuntaba que: “Toda investigación jurídica concreta que aspire a un valor científico cualquiera, deberá saber articularse dentro del conjunto de una concepción unitaria fundamental sobre la naturaleza y la génesis del Derecho”<sup>223</sup> Nuestras consideraciones son más limitadas y se refieren sólo a reflexiones y puntos de vista sobre la Constitución y de los derechos humanos, entendiéndolos como partes de un proceso del derecho público.

Los enfoques a que nos referiremos se encuentran vinculados y no pueden verse de manera aislada, lo que se observa es la preponderancia de un criterio sobre otro, de una noción o tema.

## **A) El contenido de un enfoque histórico**

En primer lugar, nos aproximaremos a un enfoque histórico que tomaría en cuenta al *derecho de los derechos humanos*, es decir, sus expresiones positivas de momentos pretéritos. La perspectiva histórica de los derechos humanos puede abarcar además, entre otros temas, las influencias que unos órdenes normativos tienen o han tenido sobre otros, de modo que los hechos históricos que producen estos derechos como normas, se ubican en un nivel historiográfico–cronológico. Este enfoque considera algunos presupuestos: 1) la historia como proceso y la historiografía como su documentación cronología o como su narración; 2) la objetividad en la recreación histórica (se trata de una cuestión epistemológica

---

Aunque el enfoque de derechos humanos y las perspectivas a que nos referimos no son nociones que se excluyan, nuestro objetivo se limita por lo pronto, a señalar solamente algunas líneas u orientaciones que desde nuestra óptica nos aproximan al concepto de los derechos humanos.

<sup>223</sup> Stammler, Rudolph, *Economía y Derecho según la concepción materialista de la historia. Una investigación filosófico social*, 4ª. ed., trad. Wenceslao Roses, Madrid, Reus, 1929, p. 4.



porque la historia como conocimiento, es decir, es estudio de la historia o la ciencia de la historia busca y supone por tanto la objetividad; 3) la adquisición del carácter de lo histórico y por tanto, la definición de lo histórico, que se encuentra emparentado con el anterior presupuesto, aunque se trata en el presente caso, de un presupuesto ontológico, al caracterizar a los acontecimientos como históricos no exclusivamente a partir de un orden cronológico, sino tomando en cuenta un aspecto cualitativo y cualitativo, es decir, lo histórico como *devenir y construcción del porvenir*, apoyándose en la historiografía. La historia se entiende como un proceso y una negación de los determinismos.<sup>224</sup> En este aspecto, es relevante tomar en cuenta que existe una responsabilidad ética del historiador del derecho, de modo que se podría “legitimar” la construcción del conocimiento histórico del derecho y hacer alguna consideración sobre una elaboración histórica de los derechos humanos.<sup>225</sup>

El ser humano es un ser histórico pues tiene necesidad de conocerse, es decir, es autoconsciente; este enfoque de matriz historicista trata a los derechos humanos como fenómenos derivados de algún acontecimiento significativo o una serie de ellos a los que se atribuyen las características y/o contenido de lo que en la actualidad denominamos como derechos humanos; regularmente, dichos

---

<sup>224</sup> Las reflexiones sobre las realidades históricas del derecho, como es el caso de los derechos humanos, a los pueden ubicarse en una trayectoria cíclica: orden interno=constitución-declaraciones – derecho internacional de los derechos humanos=declaración y tratados – reconocimiento constitucional de los derechos de los tratados; el reconocimiento de un ciclo no significa un determinismo, en el sentido de encontrarse destinado a repetirse en el tiempo. El hecho de que los derechos humanos hayan nacido constitucionales y se hayan trasladado al ámbito internacional donde se han especializado y alcanzado un desarrollo amplio, que en cierto sentido ha tomado una importancia inusitada en los en los ámbitos domésticos, no significa que el porvenir de los derechos humanos se encuentre necesariamente escrito y que los desarrollos posteriores deban buscarse necesariamente en el plano internacional para regresar a los espacios domésticos, y así sucesivamente. Lo que intentamos con esa descripción consiste en describir un fenómeno histórico-jurídico y señalar algunos elementos que expliquen ese movimiento, se pueden hacer consideraciones sobre el futuro de las instituciones a partir de los acontecimientos pasados, como simples proyecciones, sin que equivalgan a predicciones. Es conocido cómo la idea de ciclos se encuentra ligada al pensamiento político, por tanto jurídico principalmente en la antigüedad clásica, por ejemplo, en Platón que señaló una forma cíclica en cuanto a la forma de gobierno, un ciclo político: aristocracia, timocracia, oligarquía, democracia, tiranía, para retornar a la única forma “perfecta”, la aristocracia (544e-548c.) véase Platón, *La República*, 2ª. ed., trad., de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, Bibliotheca Scriptorvm Graecorvm et Romanorvm Mexicana, 2007. El historiador Polibio también realiza una teoría de los ciclos que principia con la monarquía, a la que sigue la tiranía; a la aristocracia, la oligarquía y a la democracia, la demagogia, *cfr.*, Polibio, *Historias*, trad. Manuel Balasch, Madrid, Gredos, en su Libro VI, 3-10.

<sup>225</sup> Algunos criterios de la investigación histórica que pueden considerarse son: el criterio de relevancia, que es social en nuestro objeto de estudio histórico-jurídico: los derechos humanos; esa relevancia se verá colmada en virtud de la sensibilidad del investigador frente a los problemas de su época y sociedad; la relevancia científica, la cual depende de las posibilidades y prioridades de la disciplina histórica; el criterio de viabilidad de la investigación, que toma en cuenta la disponibilidad de recursos documentales y humanos; el criterio de originalidad, entendido como las contribuciones de la investigación a la ciencia histórica, y el criterio de interés personal, véase, Cardoso, Ciro, *Introducción al trabajo de la investigación histórica*, 4ª. ed., Barcelona, Crítica-Grijalbo, 1989, pp. 164-165.

acontecimientos cuentan con un registro material o documental que permite hacer una historiografía (ordenación cronológica) de su consagración.

La historia del derecho ha sido abordada desde el estudio de sus fuentes, sin embargo, existen algunos planteamientos que identifican la historia del derecho con un saber sociológico o bien, puede ser estudiado desde las profundidades del ser psicosocial en su formación.<sup>226</sup> En la línea de las realidades psíquico-sociales el derecho puede ser visto como un fenómeno producido en una consciencia común que es superior a las consciencias particulares:

“Esta consciencia común es el vínculo espiritual de toda convivencia y resulta como ésta, desde cierto punto de vista, un hecho ‘a sé’ –como apunta Vincenzo Miceli- una formación independiente de las consciencias de los individuos, por donde viene un fenómeno o bien un conjunto de fenómenos objetivados de cierta forma y camino de objetivarse continuamente en diversas maneras y por medio de productos cada vez más ricos y variados, tanto espirituales como materiales; los cuales poco a poco se acumulan y se transmiten de una generación a otra, de un grupo social a otro. La conjunción de elementos sociales y su transformación en elementos jurídicos se opera por consiguiente en la consciencia colectiva.”<sup>227</sup>

Desde nuestro punto de vista, también el contacto entre los sujetos y su derecho favorecen la presencia de algunas instituciones, pues el derecho está en posibilidad de regular casi la totalidad de los aspectos de la vida de los seres humanos, las áreas del derecho que abarca la actividad de un sujeto en su vida cotidiana pueden ser mayores o menores, dependiendo de diversos factores, su actividad económica, edad, necesidades, las situaciones de la vida cotidiana y laboral que enfrenta, sus obligaciones económicas o patrimoniales, y sus obligaciones y derechos electorales, entre otros factores. El derecho en su transformación reconoce diversos orígenes, y en ocasiones se modifica adaptándose a condiciones históricas y sociales creando, reconociendo o dando sentido jurídico a alguna figura, o protegiendo algunos bienes mediante su consignación en los ordenamientos; aquí, el derecho penal es un buen ejemplo de cómo se construyen y protegen diversos valores, bienes o realidades en un momento determinado. Así, los procesos de transformación jurídica se desarrollan en muchos casos, además por la adaptación de ciertas normas procedentes de

---

<sup>226</sup> Según la vieja analogía de Franz von Holtzendorff, sobre la genealogía del derecho como una fuente de agua, que reúne múltiples hilillos que se salen a la superficie cuando logran un determinado volumen, expuesta en su obra *Handbuch des Völkerrechts. Auf Grundlage europäischer Staatspraxis*, Berlín, 1885, p. 79, en: Beneyto Pérez, Juan, *Fuentes del derecho histórico español*, Barcelona, 1931, p. 11.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 12, donde el autor apunta que la teoría psicológica del derecho es más adecuada para explicar lo que el derecho puede ser, o se quiere que sea.

otras realidades, actualizándose; un ejemplo de ello se encuentra en el derecho civil. En el código de 1928 se aprecia una influencia francesa que inició en 1786 con el primer Código Civil del mundo: el *Código Civil de todos los pueblos, o Leyes dictadas por la Naturaleza y por la Razón*, elaboración del jurista Gabriel Francois d'Olivier, que a su vez, tuvo su origen en las costumbres francesas y el Derecho Romano<sup>228</sup> las cuales, a partir de ese primer código, darían lugar a los también proyectos franceses de 1793, 1794 y 1796, 1799; por otra parte, el proyecto español de García Goyena de 1851, ejercería su influencia, seguido del proyecto Sierra de 1860 y nuestro Código Civil de Imperio Mexicano de 1866; vendría luego el Código Civil Portugués de 1867, y más tarde, los Códigos mexicanos de 1870, 1884 y 1928. Por su parte, nuestro Código Comercio que data de 1890, tiene influencias españolas e italianas por los códigos de 1882 y 1885, respectivamente; a su vez, el código italiano se tuvo el influjo del código francés de 1807.<sup>229</sup>

En ese sentido, es conocido cómo una de las figuras centrales de la nuestra historia jurídica, el amparo, encuentra sus antecedentes en la revisión judicial norteamericana; un vehículo para la transmisión de esa institución fue el libro *La Democracia en América* de Alexis de Tocqueville, que apareció en París en 1836, y se conoció en México en el año siguiente, con la traducción de Antonio Sánchez Bustamante, y se haría una reimpresión en el año de 1955; también puede mencionarse la influencia del Senado Conservador de la Constitución francesa del año VIII que se materializó en el Supremo Poder Conservador de nuestras leyes constitucionales de 1936.<sup>230</sup> Dicha institución se nutrió con el *habeas corpus*, los fueros aragoneses y el interdicto de *homine libero exhibendo*.<sup>231</sup>

Los anteriores ejemplos muestran cómo una institución puede encontrar diversas influencias a lo largo de su desarrollo, las cuales pueden ser otras instituciones tanto nacionales o del derecho extranjero, o bien, algunas aportaciones doctrinales pueden contribuir significativamente en su desenvolvimiento.

---

<sup>228</sup> Francois d'Olivier reconoció las fuentes de su inspiración en un jurista del siglo XVI, Raoul Spifane, autor de una colección llamada *Diarchia Henrici Regis Christianissimi progymnasmata*, así como en la recopilación de sentencias de Laimognon, además de las influencias de las *Leyes Civiles* de Jean Domat y *las Pandectas* de Pothier, véase, Batiza, Rodolfo, "El primer Código Civil en la Historia", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 22, 1993 pp. 124 y 125.

<sup>229</sup> Barrera Graf, Jorge, "Codificación en México. Antecedentes del Código de Comercio", en IJ-UNAM, Centenario del Código de Comercio, IJ-UNAM, México, 1991, p. 69-85.

<sup>230</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Evolución y perspectivas del derecho de amparo mexicanos y su proyección supranacional", *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3ª, ed., México, Porrúa, 2003, p. 797.

<sup>231</sup> Herrerías, Armando, "Orígenes externos del juicio de amparo", *Revisa de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, núm. 19, julio-septiembre de 1955, pp. 35-62.

## **i. Clasificación de los acontecimientos constitucional e históricamente significativos**

Desde el punto de vista de la historia de los derechos humanos, algunos acontecimientos pueden ser jurídicamente significativos, la siguiente clasificación, toma en consideración registros o documentos que se han preservado sobre lo que hoy se identifica como derechos humanos. Tomando en cuenta la expresión de voluntad para su establecimiento, consideramos que se pueden dividir en unilaterales y bilaterales; serán de tipo unilateral cuando emanan de una voluntad individual o colectiva, y pretenden crear consecuencias que favorezcan o consagren el ejercicio de algún o algunos derechos y libertades básicas, las cuales, estando están suprimidas o su existencia había sido denegada, de manera que esa condición resultó en el detonante que llevaría a su consagración. Por su parte, los acontecimientos de tipo bilateral o convencional, ocurren mediante un acuerdo o manifestación de voluntades, se pretende asegurar o consagrar el ejercicio de esos derechos o libertades mediante un acuerdo de voluntades, por un lado, por ejemplo, puede encontrarse una voluntad que propone un catálogo de derechos, y por el otro, la voluntad (legitimada) que acuerda suscribir el catálogo para hacerlo efectivo.

Algunos ejemplos de hechos unilaterales materia de lo que hoy llamaríamos derechos humanos en su sentido objetivo serían: la proclamación de Ciro aboliendo la esclavitud y decretando la libertad religiosa; los procesos revolucionarios y de independencia que dieron lugar a las declaraciones americanas (Virginia) y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; estos procesos arrancan o desprenden esos derechos o libertades de algún detentador del poder, de manera que constituyen uno de sus objetivos o motivaciones (*leitmotiv*); asimismo, se encuentran procesos de internacionalización (simples) que ocurren en ese ámbito de las relaciones entre las potencias, e incluyen la elaboración de documentos como la Carta de la Organización de las Naciones Unidas 1945 y su antecesora, la Sociedad de Naciones, donde se establecen estructuras de protección y se promueve la celebración de pactos (procesos bilaterales) y sobre el contenido de derecho humanos.

Entre los procesos bilaterales se pueden localizar: procesos de negociación o acuerdo para la concesión de algún derecho con algunos sujetos por el detentador del poder (Carta Magna, 1215); la constitucionalización de ámbitos internacionales, como demuestra la aparición del derecho internacional de los derechos humanos. Dichas tendencias pueden originarse por la práctica del derecho o bien ser promovidas desde un ámbito académico y o provenir de la vida

de los organismos internacionales, logrando gran impacto en la práctica jurídica. Y como sabemos, el caso que no es conocido es el de la Declaración Universal de 1948 y los pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966; la internacionalización de las constituciones se refiere a las decisiones internacionales, normas, precedentes y costumbres que en estas tendencias pueden originarse por la práctica del derecho, o bien ser promovidas desde un ámbito académico y de la vida de los organismos internacionales, con impacto en la práctica del derecho, han dado como resultado procesos bilaterales como los que originaron los referido tratados.

La internacionalización de una idea es un proceso histórico, ha significado, por una parte:

1) Un movimiento o influencia exógena o externa de una determinada institución jurídica, ejercida sobre un sistema jurídico o sobre una institución del derecho local, nacional o doméstica particular. Ya sea que esa influencia lleve a la implantación de una idea o institución jurídica (algo que los comparatistas denominan trasplante); o bien, que esta influencia actúe transformando o modificando una institución local, nacional o doméstica en los términos de esta influencia jurídica externa. Asimismo, la internacionalización de una determinada idea, concepto o institución jurídica, significa además, la internacionalización del aparato conceptual en que se sustenta, de hecho, esa difusión de una institución, norma o precepto, regularmente ocurre en un nivel dogmático-jurídico.

En la época contemporánea es preciso que el traslado de una institución a un sistema jurídico tome en cuenta, tanto el contexto en que se genera como al que se desee trasladar. No se trata de una labor que recaiga exclusivamente en el legislador, sino en el ámbito académico, en las autoridades y los operadores de las normas.

2) La segunda forma en que una institución jurídica se internacionaliza, se puede entender en un sentido elemental, como el movimiento anterior de trasplante, aunque visto desde el interior del sistema jurídico, es decir, operando hacia fuera de sus contornos, y ejerciendo una influencia sobre un sistema u orden jurídico nacional o bien sobre un orden jurídico supranacional.

El estudio de la instituciones jurídicas como pueden ser los textos constitucionales o las declaraciones de derechos o sus contenidos expresados en normas, como la propiedad, la libertad de asociación, el matrimonio, etc., puede realizarse desde el ámbito de la historia; en un sentido más en específico, el fenómeno jurídico puede observarse desde las distintas posturas o tradiciones históricas: positivismo, materialismo histórico; y en cada una de estas escuelas o tradiciones históricas,

los fenómenos jurídicos adquirirán una importancia o una connotación distinta en razón de los principios que las rigen y los postulados a que respondan.

Un ejemplo de lo que puede significar esta concepción del derecho se puede encontrar en la concepción materialista histórica, donde el derecho es considerado como un componente de la sociedad en su desenvolvimiento dialéctico y perteneciendo a una superestructura, la superestructura jurídica<sup>232</sup>.

En ocasiones, el derecho escapa a estas escuelas filosóficas, por ejemplo, en la tradición positivista de la historia de Comte, no se considera siquiera a la jurisprudencia, ni se incluye en lo que clasifica como la *enciclopedia de las ciencias*.<sup>233</sup>

La generación o emergencia de instituciones jurídicas es parte de un devenir jurídico, a su vez éste, reflejo del devenir social y ambos se corresponden mutuamente en su sentido, de manera que este devenir jurídico es impulsado por acontecimientos que son originados en las necesidades de una determinada sociedad, es decir, éstas son en gran medida las promotoras y generadoras de cambios y transformaciones que impulsan ciertos desarrollos hacia su satisfacción, desarrollos que tiene un ropaje jurídico.

Las necesidades de una sociedad o grupo humano determinado pueden ser de distintas clases: *necesidades materiales* o primarias, son aquellas que se satisfacen mediante la generación de algún bien que las satisface, aquí cabrían las necesidades humanas en lo individual, vestido, alimentación, salud, etc. y las necesidades colectivas, educación, transporte, agua, salud, etc. Las necesidades básicas en su sentido colectivo, no corresponden exclusivamente con la suma o reunión de necesidades en lo individual, puesto que la suma de requerimientos particulares constituye un estadio o una circunstancia social que desvincula en cierto sentido, a la necesidad con la simple prestación de un servicio o generación de un bien o conjunto de bienes que colmen ese vacío o carencia. En un sentido colectivo, las necesidades generan un malestar, un desequilibrio o un daño. No es posible determinar con certeza cuántos o cuántas carencias o necesidades constituyen o generan ese desequilibrio. Dichas necesidades se pueden transformar en una exigencia social o colectiva que corresponde con los requerimientos inmateriales o espirituales que sólo en los seres humanos pueden existir, aunque éstas se pueden generar de manera autónoma y a nivel individual, por ejemplo: educación, esparcimiento, el derecho a profesar una religión, acceso

---

<sup>232</sup> Alexandrov, N.G., *et al.*, *op. cit.*, nota 74, p. 3.

<sup>233</sup> Sin embargo admite Comte, que la libertad verdadera consiste en una aceptación de las leyes naturales que rigen el orden social y moral, y que este al igual que otras ciencias, se conforma por leyes inmutables, mientras que en el *Curso de Filosofía Positiva*, había previsto la eliminación del derecho del lenguaje político, al igual que la noción de causa de la filosofía, véase, Comte, Augusto, *Moral y Derecho en La Filosofía Positiva*, edición de Francisco Larroyo, México, Porrúa, 1979, p. 114.

a la justicia. Frente al desequilibrio entre la presencia de una necesidad y su satisfacción, el derecho puede ser un factor de cambio, pues mediante el establecimiento de normas se pueden generar obligaciones para las autoridades que las conminen a su cumplimiento, aunque la sola existencia o generación de normas que consagren derechos para que se cubran exigencias no garantiza la desaparición de ese o esos desequilibrios sociales.

Como apuntamos, las necesidades acompañan al ser humano, y pueden ser diferenciadas de acuerdo a la forma en que se satisfacen socialmente, pueden ser *únicas*, cuando surgen de manera aislada y se cumplen en un solo momento; por otro lado, son *permanentes* cuando su generación en el medio social que las origina es repetitiva, independientemente que éstas se solventen; mientras que serán *progresiva* cuando la demanda social o poblacional así lo requiera, irán en aumento en función de su mejoramiento y del cumplimiento cada vez más adecuado de la demanda que las origina.

¿Qué importancia tiene hablar de necesidades cuando hablamos del aspecto histórico de los derechos humanos? En primer lugar, pareciera existir una relación directa entre la necesidad existente y un derecho que la solventa o ayuda a solucionarla, aunque en realidad, luego de la generación de un derecho que puede ser más o menos acorde con la exigencia, existe otra relación complementaria: derecho-eficacia respecto del derecho-cumplimiento de la exigencia.

Por otro lado, la cuestión de la necesidad significa una de las finalidades o propósitos de las normas que consagran derechos humanos, es decir, el cumplimiento de un requerimiento básico se encuentra ligado con la idea misma de dignidad, una noción que se vincula con la idea de los derechos humanos.

En la presente aproximación, únicamente nos corresponde referirnos al establecimiento de instituciones jurídicas como lo puede ser una declaración de derechos o bien, la consagración de derechos humanos que en un sentido puede entenderse como la solvencia o cumplimiento de una o diversas necesidades de una colectividad humana.

Sin duda, el surgimiento de un derecho o institución jurídica y su trascendencia, viene determinada o se puede verificar en términos de los cambios que pueda generar en el grupo social o el contexto en el que surge. Los cambios que puede promover una institución determinada deben encontrarse en relación directa con las finalidades para las que fue o fueron creadas, es decir, habiendo coincidencia entre la idea que la genera, como puede ser el caso de las necesidades y su fin (*telos*). De esta manera, el derecho presenta una idea de la sociedad que le origina, de sus preocupaciones y sus proyecciones y puede ser legítimamente un instrumento para conocer la historia de un pueblo, su pasado, su actualidad y su porvenir.

## ii. ¿Una historiografía de los derechos humanos?

Con el término historiografía de los derechos humanos nos referimos al conocimiento de los documentos jurídicos de índole o naturaleza diversa que les han dado vida, consagrado o reconocido, lo que equivaldría a realizar un recuento cronológico de normas que a lo largo de la historia de la humanidad se han caracterizado por contener disposiciones que regulan alguna forma de libertad, valor o límite frente algún detentador del poder estatal o no estatal.

Nos resulta precisa la explicación del historiador H. Carr, “El nacimiento de un valor o ideal determinado, en un momento o en un lugar determinado, queda explicado por las condiciones históricas del momento y del lugar. El contenido práctico de absolutos hipotéticos como la igualdad, la libertad, la justicia o el derecho natural varía de un período para otro, de un continente para el otro. Cada grupo tiene sus valores que están arraigados en la historia. Cada grupo se protege a sí mismo contra la irrupción de valores extraños e inoportunos (...) La norma de comparación o el valor abstracto, divorciados de la sociedad y dirimidos de la historia, son una entelequia, lo mismo que el individuo abstracto. El historiador serio es aquel que reconoce el carácter históricamente condicionado de todos los valores, y no quien reclama para sus propios valores una objetividad más allá del alcance de la historia.”<sup>234</sup>

Las normas que protegen algún aspecto de la *libertad de los individuos*, en ocasiones, se han referido exclusivamente a instrumentos de garantía de los derechos o libertades, como en el caso de algunos antecedentes forales europeos que protegen al individuo frente a algún tipo de arbitrariedad o uso del poder, más no precisamente se encuentran consagrando un derecho o libertad particular, como es el caso de la protección de la libertad personal o la protección de la propiedad. Es por esta razón que se percibe hasta hoy en día, un fuerte vínculo entre los derechos y garantías de orden penal y los derechos humanos, puesto que ocupan un importante segmento de su historia.

La historia humana es un proceso continuo aunque se ha dividido en distintas épocas, las cuales retratan diversos niveles de desarrollo de la humanidad, en ese tránsito algunos acontecimientos sirven de pauta para establecer cronológicamente los periodos de vida de la humanidad. La frontera entre “la historiografía constitucional” e internacional de los derechos humanos y de las ideas que animaron esos derechos, en ocasiones es difusa por lo que si hay algunos encuentros y convergencias, éstos serán inevitables; a menudo, la realidad impulsa el progreso del pensamiento, en otras ocasiones, la evolución de

---

<sup>234</sup> Carr, H., *¿Qué es la historia?*, trad. Joaquín Romero M., México, Planeta, 1985, p. 113.



las ideas es animada por las condiciones de una sociedad, es decir, la realidad de un tiempo, espacio y sociedad determinados, como señaló el H. Carr.

Una historiografía enfocada en estos derechos puede incluir los documentos que hicieron positivos una serie de derechos que se caracterizaron como los de una mayor jerarquía en el orden de los Estados y que durante la segunda mitad del siglo XX se llevaron a instrumentos internacionales que son base de los sistemas de protección a nivel mundial y regional. En la delimitación de esos derechos hacia el pasado, donde se encuentran documentados, se toman en cuenta los criterios que definen lo que hoy se identifica con los derechos humanos, tanto en su versión constitucional, como en los de origen internacional, pues al igual que hicimos la aclaración con la parte constitucional, es posible hacer una inferencia de aquello que para el mundo contemporáneo significa la Constitución y de ese modo estudiar algunos de sus antecedentes y atribuirles esa característica, pues no se encontrarán derechos enunciados como tales, sino en el momento de su surgimiento histórico.

### iii. Cronología de los derechos humanos y sus antecedentes positivos

Los antecedentes de los derechos humanos pueden estudiarse cronológicamente en torno a una división que contemple sus antecedentes remotos, medievales, y sus referentes modernos y contemporáneos. Conviene hacer notar que el tratamiento de un concepto históricamente surgido con posterioridad al período en que nos referimos puede considerarse un contrasentido, ante la pretensión de buscar los derechos humanos antes de que se hubiera inventado dicha fórmula jurídica.

Si pudiéramos enunciar las referencias históricas de los derechos humanos, éstas pueden abarcar los siguientes precedentes, que son:

1. Antecedentes remotos: *Proclamación de Ciro el Grande (el Cilindro de Ciro)*.<sup>235</sup>
2. Antecedentes “medievales” no europeos (el Pacto de los Virtuosos *Hilf al-fudul*,<sup>236</sup> y *Carta del Mandén o Mandén Kalikan*,<sup>237</sup> proclamada el 1222 en

---

<sup>235</sup> Como se ha mencionado, la clasificación de los acontecimientos históricamente relevantes, abarca la proclama aboliendo la esclavitud y garantizando la libertad religiosa en una región de Persia recién conquistada, hecha en 539 a. C. por el conquistador aqueménida, Ciro El Grande, tras su victoria sobre Babilonia; este documento descifrado recientemente se reconoce por Naciones Unidas como el primer documento sobre derechos humanos en la historia (más adecuado sería, el primer documento que incluyó o con contenido de derechos humanos). No hemos localizado muchas referencias sobre este tema, sin embargo, puede verse a obra de Assadi, Muzzaffar, “Discourse on human rights. Narratives beyond ‘political’” en Nair, Sukumarán, *Human Rights in a Changing World*, Dehli, India, 2011, p. 54, la cual fue consultada en línea en el siguiente vínculo: <http://books.google.com.mx/books?hl=es&lr=&id=ah6r7ZuM15AC&oi=fnd&pg=PA52&dq=Cyrus+Cylinder+human+rights&ots=frxOMtYIZi&sig=JU9Ri0azGFg7kM2sTakWC75XwR8#v=onepage&q=Cyrus%20Cylinder%20human%20rights&f=false> (consulta 20 de marzo de 2014).

Kurakán Fuga (sitio que se encuentra en lo que hoy constituye la frontera de Guinea y Mali).

3. Antecedentes medievales europeos, que puede incluir la Carta de Juan Sin Tierra de 1215<sup>238</sup> y los fueros (Navarra, Aragón, Cataluña y Valencia), así como las cartas de población (*cartas puebla*).<sup>239</sup>

---

<sup>236</sup> El *Pacto de los Virtuosos* es la denominación que recibió el que se ha llamado “El primer tratado sobre derechos humanos”, según se establece en el *Informe Árabe sobre Desarrollo Humano 2004. Hacia la Libertad en el Mundo Árabe*, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Fondo Árabe para el Desarrollo Económico y Social y el Programa del Golfo Árabe para el PNUD, Omán, Jordania, 2005, p. 74, donde se enuncia que el pacto celebrado entre las tribus en el año 590 d. C., se celebra con el propósito de defender a aquel individuo que sufriera una injusticia de manos de otro, independientemente del origen o posición del sujeto, hasta que la ofensa se detenga y el daño restituido. Debe considerarse que la Edad Media es un periodo histórico europeo, sin embargo, los hechos mencionados ocurrieron en otra parte del mundo aunque en el mismo periodo. Véase en línea en: <http://www.arab-hdr.org/publications/other/ahdr/ahdr2004e.pdf> (consulta 18 de marzo de 2014).

<sup>237</sup> Esta Carta o también conocida como el Juramento del Mandén, es un documento de la historia africana que en 2009 fue incluido en la Herencia Cultural Intangible de la Humanidad; se trata de un documento jurídico-político consuetudinario del siglo XIII, proclamado luego de la victoria militar de Soundjata Keita, fundador del Imperio Mandingo de Mali en Kurukan Fuga (lugar situado en la rivera del Río Níger, hoy frontera entre Guinea y Mali). La Carta es conocida como una de las más antiguas “constituciones”, aunque nos preguntamos si deberíamos decir, una de las más antiguas declaraciones de derechos del mundo. Es un “documento fundamentalmente oral”, y así ha sido su transmisión hasta el día de hoy, donde persiste como un elemento de la herencia cultural de la humanidad, aunque formó parte de la organización jurídica y política de esa región; contiene siete capítulos proclamando la lo que en términos actuales serían “(...) paz en la diversidad, la inviolabilidad del ser humano, la educación, la integridad de la patria, la seguridad alimentaria, la abolición de la esclavitud por razzia, y las libertades de expresión y comercio”, a través de un juramento de los jefes de esa región, véase *Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity 2009*, UNESCO, 2009, p. 59, disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001883/188328e.pdf> (consulta 18 de marzo de 2014); en tanto que el catálogo bibliográfico de UNESCO cita sobre ese tema la obra de Cissé, Youssouf Tata, *et. al., La Charte du Mandé et autres traditions du Mali*, París, Albin Michel, 2003. Una versión de la Carta a manera de Juramento, puede encontrarse en el siguiente vínculo: <http://1libertaire.free.fr/CharteduManden.html> (consulta del 16 de julio de 2014).

En el año de 2008 fue recuperada de la tradición oral de Guinea otra versión de esa Carta, la cual fue adaptada al lenguaje actual, esta se compone de 44 numerales y no tiene la estructura de un juramento, contiene elementos comunes por ejemplo, la humanización de las condiciones de esclavo, la participación de la mujer en las decisiones, la protección de la naturaleza, el cuidado y educación de los hijos como un deber social, etc.; la segunda versión puede consultarse en: Niang, Mangoné, “Un mécanisme de gouvernance endogène pour la prévention des conflits: la Charte du KURUKAN FUGA”, OCDE y Club du Sahel et de l’Afrique de l’Ouest, *Forum intergénérationnel sur la Gouvernance endogène en Afrique de l’Ouest*, OCDE, tomo 2, Documentos de trabajo, noviembre 2006, documento electrónico: <http://www.oecd.org/fr/csao/evenements/38516665.pdf> (consulta del 16 de julio de 2014). El foro se desarrolló en Ouagadogo, Burkina Faso, del 26 al 28 de junio de 2006.

<sup>238</sup> Peces-Barba, Gregorio, *et al., Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987, p. 30-31.

<sup>239</sup> Un ejemplo de cómo pueden considerar estas legislaciones medievales es la Carta de Población o Carta Puebla del Valle de Uxo (hoy ubicada en la Comunidad de Valencia) donde en 1250 se reconoció la libertad religiosa y se permitió la enseñanza del Corán, véase, Olave y Diez, Serafín, *Reseña histórica y análisis comparativo de las constituciones forales de Navarra, Aragón, Cataluña y Valencia*, Madrid, Imprenta, Estentotipia y Galvano plastia de Aribau y Ca., 1875, p. 58. En opinión de Juan Beneyto, *op. cit.*, nota 215, p.

4. Expresiones modernas: Petición de Derechos (1628), el Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts (1641), el Acta de Hábeas Corpus (1679), y Declaración de derechos (inglesa) de 1689, los procesos revolucionarios y las declaraciones Virginia (1776) y francesa (1789), y las constituciones de los siglos XVIII y XIX.<sup>240</sup>
5. Expresiones contemporáneas constitucionales, el proceso de la Declaración Universal y los procesos de los pactos de derechos civiles y políticos y económicos; el derecho de refugiados y el derecho humanitario (constitucionalización del derecho internacional).
6. La formación de los sistemas regionales de protección (Europa, América y África), la especialización (diversificación material) de los tratados de derechos humanos y la formación del sistema universal (órganos de los tratados) y producción de precedentes y normas de *soft law* en los sistemas regionales y de Naciones Unidas.

Se podrían incluir además, los estándares surgidos de la sociedad civil con reconocimiento por alguna instancia como la mencionada organización. Por otra parte, cabría en el último sitio de este proceso a la internacionalización de las constituciones (nacionales como de las Entidades Federativas en el caso de los estados compuestos).

Asimismo, jugaría un papel importante la formación de un derecho común (*ius commune*) regional a partir de los sistemas de protección el 6, debido al valor *transnacional* de los derechos humanos (su universalización, apoyada en 4 y 5). El concepto de derecho común es una construcción doctrinal que se apoya en ese valor de los derechos y concibe así al derecho positivo y a sus parámetros de interpretación.

## **B) El contenido de un enfoque filosófico/ideológico**

Esta perspectiva se refiere al concepto de derechos humanos, derechos fundamentales, derechos de la persona humana o derechos del hombre, y requeriría considerarlos desde algunos aspectos esenciales: qué son (estatuto ontológico), cuál es su fundamentación y desde su efectividad (la posibilidad de trasladarlo al terreno de la práctica y no sólo al de la razón práctica, es decir, no exclusivamente como valores éticos o morales).

La postura teórica y filosófica que se asocia con estos derechos es el iusnaturalismo, en cuya evolución y como su fundamento, de manera preliminar, destacamos algunas de sus distintas vertientes:

---

120, no se pueden caracterizar uniformemente estos documentos en razón de su materia, salvo su naturaleza contractual, en ocasiones con existencia autónoma y en otras, incorporadas a un fuero municipal.

<sup>240</sup> Cfr. *ibídem*, pp. 63-115.

1. Iusnaturalismo antiguo (sofístico y filosófico), incluso puede mencionarse el derecho natural arcaico mencionado la tragedia de Antígona.
2. Iusnaturalismo tomista.
3. Las posiciones iusnaturalistas sobre la guerra justa la defensa de los indios del padre Vitoria en sus Relecciones y la Controversia de Valladolid (sostenida entre Fray Bartolomé de las Casas y Ginés de Sepúlveda 1550-1551), las ideas de Francisco Suárez y Alonso de la Veracruz.
4. La idea de dignidad humana: su concepción renacentista y el tránsito al Iluminismo; este movimiento de la Ilustración (sucesora del Renacimiento y emergida en la época de los absolutismos europeos, pudo desencadenar en una serie de procesos revolucionarios en los cuales la idea del derecho natural fue una constante).
5. En la época moderna, la posición del II Concilio Vaticano y el derecho contemporáneo derecho natural de contenido variable.
6. Otros iusnaturalismos modernos, por ejemplo el de John Finnis y la existencia de bienes morales, así como el del filósofo Jaques Maritain.<sup>241</sup>

Este listado puede ser una de las distintas rutas en una aproximación a la construcción llamada derechos humanos, a partir de un tránsito por el iusnaturalismo. Los derechos humanos constituyen el humanismo que el derecho, perteneciente a los *studia humanitatis*, llega al siglo XVIII; luego, se propagaría durante los siglos XIX y XX, y nos sería heredado al siglo XXI.

El enfoque sobre los derechos humanos, al cual podemos denominar de matriz filosófico/ideológico<sup>242</sup> implicaría por una parte, concebirlos desde el punto de vista moral o ético-político, conformando algún planteamiento teórico, postura ideológica, religiosa, reflexión política y filosófica. Ellos significa que en realidad, respecto del tema de los derechos humanos existen diversos planos que caben en el ámbito filosófico/ideológico, y cada uno se enmarca en un contexto o momento histórico determinado; bien, puede encontrarse en la intersección entre un proceso histórico, o ser la consecuencia de un proceso o movimiento ideológico, aquí se

---

<sup>241</sup> Maritain, Jaques, *Ley natural y derechos del hombre*, trad. Alfredo Weiss y Héctor F. Miri, Buenos Aires, Biblioteca Nueva, 1943; J. Maritain anexa al final de su libro, la Declaración Internacional de los Derechos del Hombre del Instituto de Derecho Internacional, Nueva York, 12 de octubre de 1912, págs. 155-159.

<sup>242</sup> Hemos denominado tomado el significado de ideológico en el sentido de una asunción sobre una posición o postura científica, política y de conciencia. Originalmente esta palabra fue utilizada por Antoine Louis, Claude Destutt, *Comte* (conde) de Tracy, mejor conocido como Destutt de Tracy (1754-1838), quien popularizó esa doctrina y los ideólogos eran considerados filósofos, escribió su obra *Eléments d'idéologie* (Elementos de ideología) en varios tomos, al menos seis. Dichos volúmenes son el desarrollo de un sistema de pensamiento, un verdadero sistema filosófico; más tarde, en la época del Iluminismo, la *ideología* adquirió el significado de "la ciencia que estudia la formación de las ideas en la conciencia humana", véase, Larroyo, Francisco, *Introducción a la Filosofía de la Cultura*, México, Porrúa, 1971, p.408.

reafirma la idea que expresamos antes acerca de que los enfoques no pueden concebirse aisladamente.

El enfoque filosófico sobre los derechos humanos, como señalamos, integra además de una construcción histórica, una visión del mundo que por diversas causas en diversos contextos, se ha modificado de acuerdo con las sociedades y los contextos culturales distintos, hasta consolidar la noción contemporánea.

#### **i. Ideas sobre el fundamento de los derechos humanos**

La primera tarea encaminada a pensar en el fundamento de los derechos humanos implica un esfuerzo por colocarnos en el contexto en que éste surge y a partir de ahí, intentar distinguir qué son estos derechos y tratar de obtener una idea sobre su razón o fundamento.

Por otra parte, es válido dentro de este enfoque ubicar a los derechos humanos como objeto de reflexión filosófica y reconocer las relaciones entre las disciplinas que la integran y estos derechos, y contrastar si corresponden con alguna postura sobre el conocimiento (epistemología)<sup>243</sup>, o con algún método de razonamiento (lógica), y además, sus implicaciones con alguna postura ética y/o política, lo que significa encontrar una vía hacia la idea que se encuentra animándolos. La cuestión del fundamento filosófico de los derechos humanos representa además, cuestionar si éstos pueden verse aislados de esa pluralidad de objetos que se

---

<sup>243</sup> A decir del filósofo Mario Bunge, acerca de los objetos conceptuales o “constructos”, se reconocen las siguientes tesis: platonismo, los objetos son seres ideales por sí, prescindiendo de los seres que los piensan; la otra postura llamada nominalismo pertenece al mundo de lo lingüístico y considera que los objetos conceptuales son lingüísticos, signos, y existen en cuanto tales, mientras que el empirismo estima que los objetos conceptuales son objetos que existen al igual que las ideas, es decir, como imágenes; por otra parte, la corriente materialista conceptualista y ficcionalista que implica pensar los objetos y entenderlos en un contexto, el cual es un conjunto de proposiciones formadas por conceptos de referentes comunes. En cuanto al aspecto ficcionalista, señala Bunge, “postula que es ficcionalista porque lejos de pedir que se admita la existencia autónoma de dichos objetos, postula que son ficticios, aunque no todo ellos inútiles o bien inventados para distraer, conmover, aleccionar, o amedrentar. Y es materialista porque postula que son seres de carne y hueso quienes inventan dichas ficciones y sustentan su existencia por el solo hecho de poder pensarlas”, Bunge, Mario, *Epistemología*, 6ª. reimp., México, Siglo XXI, 2013, p. 63. Este autor hace mención de la teoría ficcionalista de Hans Vaihinger, como opuesta a una gnoseología realista, pues según él, señala que las teorías científicas son ficciones, esta apreciación es importante porque en el conocimiento del derecho, la teoría de Hans Kelsen se apoya también en la teoría de la ficción de Vaihinger; al margen de este comentario, Bunge plantea en su teoría que el concepto de existencia puede entenderse en distintos sentidos, uno de ellos es la existencia conceptual, existencia física, la primera se postula y la segunda se conjetura, es decir, tal hipótesis se pone a prueba empírica, al filósofo le atribuye la tarea de analizar la naturaleza y tipo de existencia de los objetos. Esta teoría parece llamativa si se considera a aplicable a objetos de naturaleza jurídica, sin embargo, el reconocimiento o postulación de que los objetos son ficticios entraría desde nuestro punto de vista en la existencia contextual del derecho que puede ser conocida como ámbitos de validez, así como la validez sociológica, o efectividad, colocando al derecho en el ámbito de un sistema contextual. En nuestra referencia al derecho de los derechos humanos como un lenguaje, nos colocamos en cierto sentido en una posición cercana al nominalismo, pero hacemos énfasis en el elemento contextual, mientras que, cuando nos referimos al carácter o condición de derecho humano (supra nota 148) pareceríamos cercanos a una postura platonista.

llama derecho, es decir, si cuentan con existencia independiente, o bien, si forman parte de él. El fundamento filosófico puede también puede entenderse como aquella corriente o postura filosófica que se encuentra detrás de una noción de los derechos humanos, o en la cual se produce una idea sobre éstos, pues encuentra su afinidad y correspondencia con los postulados que integran un pensamiento filosófico determinado. El reconocimiento de un determinado fundamento filosófico de los derechos humanos, puede trasladarnos fuera de la especulación filosófica para verificar cómo se identifica o se desempeña ese pensamiento en la praxis, es decir, si esa noción o idea filosófica efectivamente animó la creación de aquello que se considera derechos humanos y si corresponde con su establecimiento como derecho positivo y existe correspondencia con ese fundamento. Debemos tener claro que la filosofía no se agota en la especulación, se integra también por la praxis, entre los temas permanentes de la filosofía se encuentra la libertad, la ética, la política, el derecho, solo por mencionar algunas nociones vinculadas con el quehacer y la vida humanos, es por ello que la búsqueda del fundamento filosófico de los derechos humanos se vincula tanto con la filosofía especulativa y con su vertiente práctica.<sup>244</sup>

---

<sup>244</sup> En el ámbito del derecho, donde se busca la efectividad de las normas, no es fácil determinar hasta qué punto correspondería tanto al juzgador en general, como al especializado en derechos humanos, señalar si una norma determinada o un acto de su conocimiento se ajusta o no con la norma o prescripción de derechos humanos y por tanto, si existe correspondencia con la idea que la fundamenta filosóficamente. En su actividad interpretativa el juzgador aplicará parámetros objetivos de derechos humanos aunque no es fácil saber si en las consideraciones de su decisión acuda en búsqueda de la fundamentación filosófica de la norma, o si simplemente utiliza estándares técnico-jurídicos, así como su propia noción del derecho, pues son elementos que se encuentran en constante movimiento cuando un juzgador decide un asunto. El juzgador de derechos humanos de nuestro país cuenta con diversos elementos que le pueden favorecer: interpretación conforme, principio por persona, principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad, obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a esos derechos (herramientas en el sector de garantía de los derechos), mientras que en el sector material de su actividad y con motivo de la armonización con el derecho internacional de los derechos humanos, el juzgador tiene además el cambio de denominación de garantías a derechos básicos y por tanto, el otorgamiento de rango constitucional a los derechos humanos que se contienen en los tratados, la ampliación de la hipótesis de no discriminación, entre otros elementos a considerar, véase: Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Nuevo paradigma*, México, IJ-Porrúa, 2013, en particular, p. 40.

Los jueces pueden además cuentan con otros parámetros que le compelen a utilizar criterios de derechos humanos, un ejemplo puede ser el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que fue emitido por la Asamblea General de las Naciones Unidas, RES 34/169, del 17 de diciembre de 1979, compuesto por 8 artículos, el cual, en cuanto al fundamento de los derechos humanos, señala el deber de proteger la dignidad humana, según su art. 2 “En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.” Consultado en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2002.pdf> (consulta 20 de marzo de 2014). Asimismo, en materia de derechos humanos, existe un deber complementario que recae en los abogados, tal es el caso de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, adoptados con motivo

Por su parte, las ideologías guardan una relación con las filosofías, se encuentran en un nivel intermedio entre un determinado régimen jurídico-político expresado en leyes de diferentes tipos y jerarquías, y las ideas filosóficas, políticas y económicas que las animan, como en el caso del materialismo dialéctico, una corriente filosófica que tuvo un reflejo en la economía y en la historia donde se moldearon a lo largo del siglo XX, distintos regímenes comunistas como el Ruso, Cubano, Coreano, con las consecuencias adversas y contradictorias respecto de las ideologías que intentaron combatir.

El fundamento de los derechos humanos puede encontrarse en la idea permanente que califica a una determinada sección de la realidad como parte de sí, apropiándose de ella, a la que considera una manifestación propia; o bien, esa idea imperante se coloca en el punto de partida de esa realidad, y constituirá su medida, los derechos humanos lo son, en tanto participan de su fundamento. Conviene ahora referirnos al fundamento de los derechos humanos, y en cierto sentido hacer algunas consideraciones con respecto a su finalidad respecto de su fin, para lo cual es importante considerar una de las nociones más afines al concepto de derechos humanos, a la que también se le ha tenido por su fundamento: el derecho natural.

## ii. Ideas sobre el derecho natural

La primera aproximación fue proporcionada por el pensamiento antiguo en Grecia, donde se estableció una distinción entre leyes de la naturaleza y las leyes del nombre; las primera conocidas como *physis*, identificadas con las leyes que rigen el orden de la tierra, sus ciclos, las leyes del movimiento de los astros, las leyes. Mientras que la idea de *nomos* era referida a las normas establecidas para la vida de la ciudad.

La idea más generalizada sobre el iusnaturalismo es aquella que refiere la existencia de un orden (natural) que prevalezca sobre el derecho creado por los

---

del 8° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en la ciudad de La Habana, Cuba, el 7 de septiembre de 1990, que se refiere en el artículo 14 al deber profesional de los "(...) abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia, procurarán apoyar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional, y en todo momento actuarán con libertad y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas y normas éticas reconocidas que rigen su profesión." Este deber, a su vez, se complementa con el numeral 26 "La legislación o la profesión jurídica por conducto de sus correspondientes órganos, establecerán códigos de conducta profesional para los abogados, de conformidad con la legislación y las costumbres del país y las reglas y normas internacionales reconocidas." Dichos códigos de conducta pudieran tener fundamento en la libertad profesional y en los derechos humanos, donde pueden tener un lugar preponderante las asociaciones profesionales, disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2009.pdf> (consultado el 20 de marzo de 2014) Además, deben tenerse en cuenta los señalamientos sobre el contenido de las Observación general del Comité de Derechos Humanos.

hombres, o bien, que ese sistema jurídico que crean los seres humanos corresponda con el orden natural. Las diferentes ideas sobre el derecho natural se componen regularmente por alguna noción de justicia vigente en un momento determinado y en un contexto determinado, o bien tienen tras de sí una idea del bien, de la rectitud o la igualdad.<sup>245</sup> También cabría objetar quién determina el contenido o alcances de la justicia, de la igualdad, de la libertad, de la naturaleza del hombre y también determinar cómo se componen estas nociones en el mundo contemporáneo, con miles de millones de habitantes y pensamientos diversos; lo posible es alcanzar mínimos acuerdos o nociones mínimas, resultaría imposible dar nociones absolutas sobre un solo objeto del mundo, pero ayuda conocer el camino o una sección de él, como en este caso.

La idea más antigua que conocemos sobre el concepto de ley, es el *logos* del que habla el filósofo Heráclito, que encuentra en la razón (*logos* - *Dios* = *Zeus*) la ley inmanente de la que participan las leyes humanas.<sup>246</sup> Por otra parte, la noción más antigua de la expresión de la igualdad del ser humano, la encontramos en el pensamiento sofístico, no filosófico como lo fue el que justificó la esclavitud. El pensamiento sofístico que nos interesa resaltar es el del Hippias de Elea (Elis), a quien se ha considerado como el creador de la doctrina del derecho natural en Grecia, señala Adolf Menzel: “En el diálogo Protágoras (337c), Platón coloca en labios de Hippias las expresiones siguientes: *Soy de la opinión de que todos lo hombre somos parientes por naturaleza y no por ley. Pues lo igual es pariente de lo igual por naturaleza; la ley en cambio es el tirano del hombre.*”<sup>247</sup> Hippias establece la hermandad como fundada en la igualdad humana, la cual es desconocida por el derecho positivo y contrario a la naturaleza. Adolf Menzel califica al iusnaturalismo del sofista como *cosmopolita, democrático y humanitario*.<sup>248</sup>

---

<sup>245</sup> De acuerdo con Javier Hervada, en su obra *Introducción crítica al derecho natural*, 3ª. reimp., Minos, México, 1999, el derecho natural es equivalente a lo justo natural, como lo atribuido a un sujeto por lo que le es debido, ahí encuentra su fundamento el derecho, en la justicia. La justicia es la atribución de bienes a cada sujeto, cada bien que corresponde a los sujetos es un derecho natural. Para este *autor existen derechos positivos naturales*, es decir, derechos mixtos en parte naturales y en parte positivos, pp. 80-81.

<sup>246</sup> Copleston, Frederick, *Historia de la Filosofía*, trad. Manuel García de la Mora, Madrid, Ariel, tomo I De la Grecia Antigua al Mundo Cristiano, 2004, p. 41.

<sup>247</sup> Menzel, Adolf, Calicles, *Contribución a la historia de la teoría del derecho del más fuerte*, trad., Mario De la Cueva, México, UNAM-Centro de Estudios Filosóficos, 1964, p. 30. En esta obra se hacen dos referencias más al derecho natural de la antigüedad que hoy tienen gran vigencia y se refieren al fragmento de Oxyrhynchus XI, D. 1364 (una serie de escritos en papiro encontrados en 1897), en esa sección atribuida al sofista Antifón, se expone su postura sobre el derecho natural que señala la igualdad entre helenos y bárbaros, donde la igualdad jurídica deriva de la igualdad biológica; por otro lado, se mencionan las frases de Alcídamo expuestas en la Retórica 1406a y 1373, relativas a que Dios creó libre a los hombre y la naturaleza no ha esclavizado a nadie, asimismo, Menzel reconoce en esas palabras la idea del derecho natural de Rousseau, *ibídem*, p.31.

<sup>248</sup> *Ídem*.



Las concepciones sobre el iusnaturalismo han sido elaboradas por teólogos, filósofos, juristas en la búsqueda por el fundamento de validez del derecho, o explicando algún aspecto de la llamada estimativa jurídica (el derecho se orienta y sustenta hacia un valor, justicia, paz, seguridad, entre otros), sin que por ello deba desconocerse alguna aproximaciones teológicas o filosóficas. Quizá sea más relevante conocer el pensamiento que algunos datos sobre su autor, pero más allá de toda consideración personal, es importante tener una idea el contexto donde se origina; de la misma manera que si tomásemos al positivismo como objeto de estudio, resultaría provechoso saber si esta noción está siendo elaborada desde la Filosofía Positiva de Comte, que se niega a buscar las causas de las cosas, o bien desde la teoría pura del derecho, que sí se preocupará por el fundamento del derecho y lo encontrará en una norma hipotética fundamental, una norma supuesta en el pensamiento jurídico.<sup>249</sup>

Las ideas sobre el derecho natural reconocen sin problema la existencia del derecho positivo, pero desde el positivismo jurídico la idea de un derecho natural es criticada. Existen algunas concepciones sobre el derecho natural que surgen como una forma de establecer límites al poder político y se encuentran más vinculadas con las ideas de derechos como la propiedad y la libertad individuales, en esta sintonía se encuentra la doctrina de John Locke;<sup>250</sup> y se encuentra además, Tomás Hobbes, con una idea del derecho natural que permite el uso de la razón para la conservación de sí y lograr la paz, por otro lado, señala que la ley natural es una prohibición de la razón de disponer de su vida o quitarle los medios para su conservación.<sup>251</sup>

En otro sitio podríamos ubicar a Juan Jacobo Rousseau, quizá aquí se encuentre uno de los elementos más significativos de la noción de los derechos humanos y una de las formas de su universalidad, para el ginebrino, todos los seres humanos gozan de ellos y lo más importante, los derechos pertenecen a los individuos, al

---

<sup>249</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, 1ª. reimp. de la edición de 1994, trad. Carlos Delory Jacobs, México, Trillas, 2010, p. 251.

<sup>250</sup> John Locke reconoce que la libertad natural del hombre significa no someterse a ningún poder sobre la tierra y a no encontrarse bajo la voluntad legislativa de ningún hombre, reconociendo para su conducta solo a la ley de la naturaleza; además, que el hombre nace con un título a la perfecta libertad y al disfrute ilimitado de todos los derechos y privilegios de la ley natural; así, considera que de acuerdo con la razón natural, los hombres una vez nacidos tienen el derecho de salvaguardar su existencia y disponer de los bienes que la naturaleza le otorga para ese fin, *cf.* Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. Amado Lázaro Ros, Barcelona, Orbis, pp. 36-38 y 68.

<sup>251</sup> El derecho de la naturaleza es la libertad de cada hombre para usar su propio poder en la conservación de su propia naturaleza y su vida, y hacer lo que su razón le indique para conseguir ese fin; mientras que ley de la naturaleza es un precepto o norma general de la razón que prohíbe destruir su vida o privar de los medios para conservarla, u obliga a permitir aquello por lo cual queda mejor conservada, "DERECHO consiste en la libertad de hacer o de omitir, mientras que la ley determina y obliga a una de esas dos cosas. Así, la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad, que son incompatibles cuando se refieren a una misma materia", Hobbes, Tomás, *Leviatán*, *op. cit.*, p. 106.

reconocer a la igualdad como derecho. Por otro lado, se ha reconocido a Fernando Vázquez de Menchaca como un portavoz del derecho natural laico al desligarse paulatinamente de las posturas teológicas, sin entrar en contradicción, propone que el derecho positivo dimana del natural, el hombre es bueno por naturaleza, y que el hombre posee derechos naturales “*quasi inmutabilia*” que “deben asegurarle su aspiración a la felicidad”<sup>252</sup> y comprenden la libertad natural y la igualdad de todos los hombres (es por ello que la esclavitud debe suprimirse al ser contradictoria con el derecho natural); los gobernantes se instituyen para el bien de los ciudadanos y su poder se limita a ello, la soberanía es popular e intransferible.

Existen otras posturas iusnaturalistas que buscan apoyarse en algún aspecto humano como puede ser la razón, tal es el caso del iusnaturalismo de Cicerón, con respecto a una ley eterna que no es producto de la decisión de un pueblo, ni del cerebro humano; esa ley gobierna el universo y de ella derivan todas las leyes, morales y jurídicas, se trata de una ley que ordena lo justo y prohíbe lo injusto, sin embargo dicha ley es congruente con la razón pero “nacida del espíritu divino, por lo que es una ley permanente, santa y celestial.”<sup>253</sup>

Otras posturas iusnaturalistas se apoyan la naturaleza humana (Samuel Puffendorf)<sup>254</sup> o al mejoramiento de la condición humana en un ambiente de paz, seguridad e independencia (Christian Wolff), o bien se sustentan en la dignidad, mientras que en otros casos ubican en el origen de ese orden a la voluntad de Dios. Esa idea del derecho natural, se basa en la correspondencia entre las normas elaboradas por el ser humano y las del orden natural de origen teológico las cuales participan de las características de ese orden, como puede ser, por ejemplo en su justicia; esas características que se comparten son la justificación de su obligatoriedad; desde nuestra perspectiva ese sería el fundamento de un iusnaturalismo de orden teológico, en el cual las normas de origen divino son justas y las normas humanas no deben contradecirlas. En las religiones monoteístas, salvo en la mitología griega, la divinidad se identifica con la justicia.

---

<sup>252</sup> La Obra de Vázquez de Menchaca, *Controversiae Illustres* se publicó en Salamanca en 1549, véase, Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, trad. de Mario de la Cueva, México, UNAM, 1962, p. 172.

<sup>253</sup> Cicerón, Marco Tulio, *De legibus* (perpetua y eterna), II, IV, 10; *De república*, III y XI (santa y celeste) y *De officiis*, I, IV, 14 y *De Legibus* I, XVII, I, VI, 18, en: Verdross, Alfred, *ibidem*, p. 81.

<sup>254</sup> Gustav Radbruch afirma que Puffendorf admite la existencia en el hombre de dos inclinaciones, una que se encuentra en su naturaleza y lo asocia con el egoísmo y la maldad, y otra que lo lleva a asociarse y vivir en comunidad, el derecho natural es la expresión de esa doble naturaleza y se encuentra apoyada en dos principios, el primero ordena al hombre a proteger su vida, a conservarse y a conservar su propiedad; la segunda a que no perturbe a la sociedad humana; a partir del segundo principio Puffendorf elabora el siguiente postulado: “Que nadie se conduzca hacia otra persona de modo que esta última pueda quejarse con razón de que se ha violado su igualdad de derechos”, Puffendorf, Samuel, *Elementa Jurisprudentia*, trad. de Oldfather (1931), Lib. II, Observ. IV, pp. 24-34, en: Radbruch, Gustav, *op. cit.*, p. 165.

Se han realizado algunas clasificaciones de la doctrina del derecho natural como fundamento de los derechos humanos, el profesor Mauricio Beuchot propone una clasificación dual: uno de signo clásico tomista y otro de los derechos morales.<sup>255</sup>

En este último caso, es conveniente diferenciar dos nociones: por un lado, las concepciones sobre el derecho natural de base teológica, como la idea de ley natural en Santo Tomás; y por otra parte, las consideraciones sobre los derechos humanos o fundamentales emitidos por alguna iglesia como es el caso de Católica en el Concilio Vaticano II, es decir, creadas en un contexto teológico o religioso.<sup>256</sup>

En el pensamiento tomista, la ley tiene por objeto el orden del bien común, que precia de su publicidad para ser obedecida. La participación del hombre de la providencia ocurre por orientar a sus actos y fines en su dirección; esa participación del hombre por inclinación natural debido a su acto y fin, a su razón, se llama ley natural.<sup>257</sup> El concepto de ley natural tomista se localiza dentro de los universales, y no puede borrarse del corazón de los hombres, en cuanto universal, pero sí, en cuanto principios próximos como los que animan algunas leyes inicuas de algunos legisladores.<sup>258</sup> Siguiendo la exposición de San Agustín en torno al libre albedrío, Santo Tomás indica que nada es justo y legítimo en la ley temporal que no lo hayan derivado los hombre de la ley eterna, y continua al referirse a la justicia de los actos humanos como justos cuando se arreglan con la recta razón, de modo que las leyes humana son verdaderas en cuanto derivan d la ley natural y si algo está en desacuerdo con ella no serpa ley sino su corrupción, ya que no es ley la que no es justa.<sup>259</sup>

---

<sup>255</sup> Beuchot, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos. Los derechos humanos y su fundamentación filosófica*, 6ª. ed., México, Siglo XXI, 2008, p. 29. Existen otras clasificaciones del *derecho natural*, como el iusnaturalismo objetivista, que busca el fundamento del derecho en valores objetivos independientes de juicios estimativos; el iusnaturalismo fundado en la naturaleza social, la cual debe encauzar a la razón humana; iusnaturalismo teológico, funda el derecho natural en la voluntad Divina y lo considera un orden inmutable y no escrito establecido por la Divinidad, y el iusnaturalismo más antiguo, basado en la naturaleza en un sentido físico, la fuerza, véase: López Valdivia, Rigoberto, *El fundamento filosófico del derecho natural*, 5ª. ed., Tradición, México, 1982, pp. 104-110.

<sup>256</sup> Las consideraciones de esa reunión (que inició en octubre de 1962 y finalizó en diciembre de 1965) se pronunciaron sobre la universalización de la idea del bien común, donde cada organización social debe considerar las necesidades y aspiraciones del ser humano, su dignidad, y se hace una exigencia de respeto a la igualdad de la persona, la justicia y la paz sociales e internacionales, y la urgencia de la protección “por todas partes” de los “derechos fundamentales de la persona”. Se planteó la necesidad de superar la “ética individualista” mediante el impulso de la participación de los sujetos en la vida social, de manera responsable y libre, *cfr.* Paulo VI, “Constitución Pastoral sobre la Iglesia Actual del Mundo”, *Documentos Completos del Concilio Vaticano II*, 13ª. ed., México, Librería Parroquial Clavería, 1991, pp. 154-158.

<sup>257</sup> Aquino Santo Tomás de, *Suma Teológica*. Selección, 22ª. reimp., c. 90, aa. 3 y 4, y c. 91, aa. 1 y 2, Austral, México, 2001, pp. 122-123.

<sup>258</sup> Aquino, Tomás de, *Tratado de la ley*, 6º ed., trad. Carlo Ignacio González, Porrúa, México, 1975, p. 32 y 33.

<sup>259</sup> San Agustín, *Del libre albedrío*, L. 1, cap. 5 y 6., en: Aquino Santo Tomás de, *op. cit.*, nota 244, p. 126.

Existen otras clasificaciones del *derecho natural*, como el iusnaturalismo objetivista, que busca el fundamento del derecho en valores objetivos independientes de juicios estimativos; el iusnaturalismo fundado en la naturaleza social, la cual debe encauzar a la razón humana; iusnaturalismo teológico, funda el derecho natural en la voluntad Divina y lo considera un orden inmutable y no escrito establecido por la Divinidad, y el iusnaturalismo más antiguo, basado en la naturaleza en un sentido físico, la fuerza.<sup>260</sup>

Por otra parte, a partir de investigaciones orientalistas como la del historiador Jesús Riosalido sobre el tema del derecho natural y su importancia en la construcción de los derechos humanos, podemos apreciar cómo en otros sistemas jurídico-teológicos como el del derecho musulmán, existen nociones similares al derecho natural que se consideran un antecedente o idea de los derechos humanos en ese contexto jurídico-religioso, esas nociones de un derecho natural en el contexto de la fe musulmana, también plantean una preeminencia sobre las demás normas de su sistema jurídico, como lo planteara el filósofo y jurista del siglo XII, traductor de Aristóteles, Averroes (Ibn Rushd) en su obra dedicada al derecho: *Comienzo del Maestro y Fin del Aprendiz en la Ciencia del Derecho (Bidayat Al-Muytahid wa Nihayat Al-Muqtasid fi Ulum Al-Fiqh)*, reconoce la existencia de un derecho natural frente al cual ninguna legislación podría ir en contra, sin perder su validez, incluso superaría al propio Corán e inclusive a la costumbre o dichos y hechos de Mahoma (sunna). La teoría de Averroes se transmitiría a su contemporáneo y coterráneo, Maimónides (Moshé Ibn Maymún), igualmente nacido en Córdoba, quien aplicaría estas ideas al pensamiento judío en su obra "Moré Nevuhim". Las consideraciones sobre el derecho natural serían olvidadas, sino prohibidas.<sup>261</sup>

Algunas tendencias como apuntamos, se apoyarán en la razón, de donde procede esa ley natural como uno de sus dictados, pero no es posible alejarse de alguna noción como el bien o el bien común, como las ideas del derecho natural racional de Hugo Grocio y más anterior a éste y en el extremo, tenemos a Marsilio de Padua (quien se considera simpatizante de Averroes)<sup>262</sup> a quien se ha caracterizado con una posición muy cercana al positivismo debido a que para este pensador son las teorías del derecho natural las que asemejan a la razón, para este pensador, la ley es anterior al gobernante a la que se sujetan todos los

---

<sup>260</sup> Véase: López Valdivia, Rigoberto, *El fundamento filosófico del derecho natural*, 5ª. ed., Tradición, México, 1982, pp. 104-110.

<sup>261</sup> Cfr. Riosalido, Jesús, "Los derechos humanos en el Islam", *Boletín de la Asociación Española de Orientalistas*, Alicante, vol. XLI, 2005, pp. 187 y 188. Edición digital de la Biblioteca Cervantes Virtual (2006), en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-derechos-humanos-en-el-islam-0/>. Este autor propone una influencia de Averroes en la concepción de la Ley Natural de Santo Tomás.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 187.

regímenes, el creador de la ley es el pueblo, quien tiene capacidad de discernir si son buenas o malas.<sup>263</sup>

El jurista holandés Hugo Grocio concibe al derecho natural como un “dictado de la recta razón, que indica que alguna acción, por su conformidad o disconformidad con la naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente, está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza”.<sup>264</sup>

Entonces ¿cómo es el derecho natural que se considera detrás de los derechos humanos? ¿El iusnaturalismo se encuentra como una idea que anima a todos los derechos humanos siendo éstos tan disímbolos? La primera respuesta y la más sencilla recae sobre el sujeto que responda y a su concepto del mundo. Otra respuesta puede buscarse en el derecho natural de contenido variable como lo reconocía Rudolf Stammler, al preguntarse por los esfuerzos que se han hecho por encontrar en un código ideal, la armonía de un orden jurídico con la naturaleza que fuera inmutable en todas las épocas y en todos los países; su propuesta niega en las normas, la posibilidad *a priori* de un contenido determinado. Este autor reconoce un error de los juristas las investigaciones de un contenido inmutable en vez de buscar un contenido teóricamente justo, es decir, un derecho natural de contenido variable.<sup>265</sup>

Sobre el asidero de los derechos humanos, no debe soslayarse la importancia que tiene respecto de los derechos humanos las nociones de *ius gentium* y *ius cogens*. Sobre este último, resulta interesante el argumento que señala su inderogabilidad; y finalmente el interesante criterio del profesor René Dupuy acerca de que en la Conferencia de Viena sobre el derecho de los tratados se adoptara como denominador común al *ius cogens* como el principio de la supremacía de los derechos humanos.<sup>266</sup>

La corriente positivista se ha preguntado por el iusnaturalismo, tanto que es posible identificar desde ese punto de vista diversas discusiones acerca de la de justicia, por ejemplo, en su estudio sobre el derecho natural, Hans Kelsen señala que: “Decir que un orden social es justo significa decir que regula la conducta de los hombres de un modo para todos satisfactorio, esto es, de manera que todos

---

<sup>263</sup> Godoy Arcaya, Óscar, “Antología del Defensor de la Paz de Marsilio de Padua”, *Revista Estudios Públicos*, Chile, s/a, en particular, pp. 345 y 348, disponible en: [www.cepchile.cl/dms/archivo\\_3200\\_1479/rev90\\_godoy.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_3200_1479/rev90_godoy.pdf)

<sup>264</sup> Grocio, Hugo, *Iure belli ac pacis*, l. c. I, 10, citado por Gómez Robledo, Antonio, *Fundadores del Derecho Internacional*. Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio, México, UNAM-III, 1989, p. 148.

<sup>265</sup> Stammler, Rudolph, *op. cit.*, nota 112, pp.157-168.

<sup>266</sup> Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio Histórico-crítico*, México, UNAM-III, 2003 pp. 166, 167, 169 y 174, este autor siguiendo al profesor Erik Suy de la Universidad de Lovaina, nos refiere a la identificación en algunas normas del *ius cogens* y los derechos humanos, las cuales principian con la libre determinación de los pueblos; luego analiza las normas que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala como inderogables o *ius cogens* (normas del derecho imperativo internacional).

puedan hallar su felicidad en él. El anhelo de justicia es el eterno anhelo humano por la felicidad, la felicidad que el hombre aislado no puede hallar y que por eso la busca en la sociedad. La justicia es la felicidad social.”<sup>267</sup>

Desde nuestro punto de vista, la fundamentación de los derechos humanos tiene varios orígenes, uno de ellos se encuentra en las necesidades humanas, su presencia origina la elaboración de pautas de conducta que deben colocarse en un lugar privilegiado como es la escala máxima del ordenamiento, intentando con ello asegurar su cumplimiento, una mejor forma de vida, más feliz.

Materialmente, es decir, atendiendo a la materia de que son objeto, los derechos humanos parecen tener una desconexión, pensemos por ejemplo, en lo diverso que parecen en el derecho a la sindicación (art. 23. 4 de la Declaración Universal), que visto aisladamente del derecho al trabajo, difícilmente podría entenderse como una expresión del iusnaturalismo, y en el mismo caso se podría ubicar el derecho a no ser expulsado de un país si no media una causa de justificación como la seguridad nacional (art. 23 del Pacto de Derecho Civiles y Políticos) ¿dónde se podría localizar e fundamento de estos derechos? Una respuesta puede ser en su necesidad o en la necesidad de que existan esos derechos, en el valor que se le atribuye a la situación que regula.

Si los derechos humanos son tan diversos, se originaron y consagraron en épocas y contextos diversos a lo largo de la historia de la humanidad y se han buscado múltiples justificaciones y fuentes, jurídicas, sociales, históricas ¿tiene sentido buscar su fundamento más allá de corresponder estos derechos con una necesidad humana? y de ser el caso ¿qué es más razonable, buscar un fundamento único para los derechos humanos o conviene buscar varios fundamentos?

Algunos de esos derechos encuentran sentido en un determinado contexto jurídico, como lo puede ser por ejemplo el derecho a la nacionalidad (art. 15 de la Declaración Universal, o el derecho a un recurso efectivo (art. 8), el denominador común es la oposición ante el Estado, pero también debe tenerse presente que los derechos que son oponibles a los particulares, como se enuncia en el art. 30 de la Declaración “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.”, es por esa razón que en búsqueda de su fundamento no es posible encontrarse pensando en sus especificidades materiales, sino en otras características como son su máxima jerarquía o *supravalor*, en la necesidad que los origina y a la que intentan

---

<sup>267</sup> Kelsen, Hans, “La Teoría Pura del Derecho y la Jurisprudencia Analítica”, trad. Eduardo Coghlan, en la obra, *La idea del Derecho natural y otros ensayos*, México, Editora Nacional, 1979. p. 210.

atemperar, y lo más importante, en los destinatarios de los derechos, los seres humanos, es aquí donde surge la idea de encontrar un fundamento en los derechos y los autores se han orientado hacia la dignidad de la persona como una de las posibles respuestas.

### iii. Aproximación al concepto de dignidad humana

Una idea bastante generalizada, afirma que la dignidad humana es el fundamento del concepto moderno de los derechos humanos, y en términos generales, se suele identificar a ésta como la reafirmación de la idea del ser humano visto como un fin en sí mismo, una noción de cuño kantiano sobre el ser humano, en oposición a considerarlo un simple medio.

Por nuestra parte, consideramos que la dignidad humana puede identificarse como aquel *mínimum* que existe en las relaciones entre los seres humanos, que en su sentido más elemental implica un reconocimiento de la propia humanidad (del sujeto en *sí mismo*) o en otro sujeto (el sujeto o sujetos de una relación); el reconocimiento de esa humanidad implica además, la atribución y reconocimiento de un valor, en tanto individuo así como formando parte de una comunidad (familia, tribu, sindicato, gremio, barrio, colonia, Estado, localidad, país, humanidad); de manera que lo indigno o indignante es lo contrario a la humanidad: su negación y por tanto la negación de ese valor.

Cuando el sujeto piensa la dignidad referida a *sí*, piensa su humanidad, se piensa sujeto de una exigencia personal (esfuerzo) o merecimiento personal. Además, esta noción de merecimiento personal, como *ser digno de algo*, puede orientarse de los otros (sujetos) hacia el sujeto en cuestión, así como de los sujetos entre sí, por ejemplo, la posibilidad de obtener una prestación determinada o merecimiento. Dicha prestación no debe vincularse necesariamente con una contraprestación económica, sino con un simple acto u omisión. Igualmente, en relación con otros seres, la noción sobre la dignidad se enlazaría con la posibilidad de realizar con efectividad un papel o rol, es decir, actuar o conducirse dignamente significa actuar en cumplimiento de un rol que en determinados casos, corresponde con un deber.

Resulta importante cuestionarse de dónde provinieron o cómo evolucionaron nuestras ideas de dignidad, y saber cómo adquirió un sentido jurídico; así como si se trató a partir de los derechos humanos como se fue delineando la idea de dignidad con algún sentido jurídico. Es difícil proponer una respuesta única. Por nuestra parte, cuando pensamos la dignidad como un mínimo exigible o merecido de los otros, nos referimos a un mínimo de relación, es decir, un mínimo de trato que está en relación con nuestra propia humanidad; entonces, los conceptos de dignidad y humanidad se entrelazan, coinciden en cuanto a los sujetos y a sus exigencias, coinciden en cuanto a su mutuo valor reconocido.

El calificativo de dignidad también se vincula con la posibilidad de exigencia de la misma humanidad en relación con otros seres que se encuentran dotados de vida, y en su caso, con el ambiente (en este sentido no nos hemos apartado de la noción de mínimo merecimiento asociado con nuestro carácter o naturaleza de seres humanos. En la primera situación, quizá la idea de dignidad se encuentre emparentada con una *forma de compasión* que refleja el reconocimiento en otro u otros seres humanos, u otro tipo de seres, de manera que lo que se reconoce en el otro u otros y se intenta evitar, es la posibilidad de algún tipo de sufrimiento, tanto de causarlo como de su prolongamiento; es en este punto donde surgen las cuestiones relacionadas con una muerte digna, necesariamente ligadas con la posibilidad de una vida digna, esta última tanto en un sentido individual como en su aspecto colectivo.

Por su parte, la negación de la dignidad o de un mínimo relacional (y racional), sería un mínimo de trato que haría "*menos digno*" al sujeto y por tanto, menos humano; así, entendemos la dignidad como una forma mínima de expresión de lo humano.

La dignidad es una, o dicho de otra manera, la expresión de la dignidad es unitaria y no admite gradaciones como no pueden existir grados de lo humano, a pesar de que se pueda en ocasiones, calificar algo como "menos humano", es decir, un acto realizado por seres humanos que por sus características puede calificarse de inhumano. Lo que sí existen, son distintas formas de expresión de la humanidad y momentos donde se acentúa su exigibilidad, la cual pasa de un terreno moral y ético (donde tiene también un valor equivalente con lo justo) para trasladarse a terreno de la exigencia jurídica, donde se adhiere la noción del respeto. Al final del día, el respeto de la dignidad es sinónimo del respeto del ser humano, de su cuerpo, de su integridad y del respeto a las leyes, donde ese mínimo exigible se está manifestando y dotando de un lugar, y de posibilidad de exigencia jurídica, principalmente en el campo del *derecho de los derechos humanos*, es un ámbito donde tiene gran impacto, expresión y alcances.

Los pensadores de la antigüedad consideraron al ser humano como la unión entre cuerpo y alma *psiqué* y *soma*, donde el cuidado del cuerpo debía acompañarse con un adecuado cuidado del alma y el cultivo de las virtudes. Podemos plantear una hipótesis sobre el significado de la dignidad, apoyándonos en su desenvolvimiento, y en cómo su concepto se ha ido arraigando en las sociedades, y así, podría llegarse a las distintas formas en que el hombre se ha identificado con la divinidad como uno de los principales asientos de la dignidad, por ejemplo, la forma antropomórfica de los dioses (Grecia, Roma y la tradición judeo-cristiana) donde esa identificación con lo divino implica a su vez, respetar el cuerpo humano porque se participa de esa divinidad.



Las discusiones sobre la dignidad se encuentran regularmente en el plano ético y de la antropología filosófica y de la historia de las ideas. En el plano jurídico, la dignidad representa problemas similares a los que representaría la definición de la justicia; esa razón conduce a la búsqueda de antecedentes en otras áreas del pensamiento. Por lo pronto, no es posible ubicar dónde comenzó a utilizarse el término dignidad, pero se pueden reconocer importantes rasgos en la filosofía y literaturas clásicas, como señalamos, la Tragedia de Antígona es un ejemplo literario de lo que sería la noción moderna; pero es en pensamiento humanista del renacimiento, con los *studia humanitatis* (estudios humanísticos) donde podemos encontrar algunas menciones. El historiador Oskar Kristeller señala que en Italia por ejemplo, suelen ubicarse algunas importantes consideraciones medievales sobre el hombre y la dignidad a cargo del monje Bartolomeo Facio, seguido del tratado de Giamozzo Manetti (con su obra *Teología platónica*) del mismo signo; y en el siglo XV, en Florencia, de Marsilio Ficino y Giovanni Pico della Mirandola, los últimos, desde una base filosófica; por su parte, Ficino aprecia la universalidad del alma y encuentra una afinidad con Dios, es la firma en que contribuye a la unidad divina, en el alma humana la excelencia del hombre, en su “universalidad y centralismo”<sup>268</sup>

En 1486, Pico della Mirandola, en su llamado Discurso, que más tarde sería conocido por el nombre que le dieron sus editores: *Discurso sobre la dignidad humana*, elaborado como una introducción a la discusión pública de sus 900 tesis (éstas sí, publicadas en 1487 con la utilización de fragmentos del Discurso), a pesar de haber sido prohibidas por el Papa Inocencio VII, por considerarlas heréticas, lo que impidió que el discurso fuera leído y publicado en vida de su autor.<sup>269</sup>

Oskar Kristeller considera que la idea de Pico sobre la dignidad del hombre y su voluntad se refiere a las potencialidades, “el hombre tiene dentro de sí todas las potencialidades”. La libertad del hombre está en la libertad de elegir las potencialidades más altas. Kristeller nos aclara que en Pico, la elección de alternativas como igualmente buenas o dignas se refiere a alternativas morales e intelectuales: “Sólo se dará la excelencia del hombre cuando éste elija las formas más elevadas de vida moral e intelectual puestas a su disposición.”<sup>270</sup> Sin duda, se percibe un eco de Aristóteles.

---

<sup>268</sup> Cfr. Kristeller, Oskar, *El pensamiento renacentista en sus fuentes*, trad. Federico Patán López, México, FCE, 1982, pp. 233-235.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>270</sup> *Ibid.*, 239. El texto del Discurso puede consultarse en línea en: [http://www.estudioshegelianos.org/bundles/biltokiaestudioshegelianoswebsite/obras/PicoDiscurso\\_sobre\\_la\\_dignidad\\_del\\_hombre.pdf](http://www.estudioshegelianos.org/bundles/biltokiaestudioshegelianoswebsite/obras/PicoDiscurso_sobre_la_dignidad_del_hombre.pdf), se trata de la versión digital publicada en Colombia por Ediciones π, 2006, a partir de la obra del mismo nombre, trad. de Adolfo Ruiz Díaz, México, UNAM, 2003.

Por su parte, el significado jurídico a la dignidad humana parece asumir las veces del propio concepto de lo humano; se pueden crear condiciones jurídicas en torno a la idea de dignidad, como pueden ser algunas prohibiciones, por ejemplo, al uso de la violencia, la fuerza o coacción innecesaria, en todo momento las acompañaría, la estimativa jurídica, y tendríamos que interpretarla en los distintos ámbitos como antes aclaramos.

En términos generales, la dignidad es un concepto que se utiliza como sinónimo de humanidad o lo humano, y por tanto, sería adecuado decir: tal o cual hecho o acto de la autoridad o de otros sujetos vulneran la dignidad, como expresión sinónima de vulneran la humanidad, la naturaleza de lo humano en un sujeto o bien su naturaleza humana.

La noción de dignidad como “mínimo” se localiza en otros ámbitos donde material o económicamente existen distanciamientos entre los sujetos de las relaciones jurídicas, por ejemplo, en el ámbito laboral, cuando se exige un salario justo; en el ámbito de los servicios públicos cuando se pide un mínimo de eficiencia, un comportamiento y un trato dignos.

Por otro lado, si reconocemos que no existen gradaciones, en el caso de los tratos degradantes o la tortura para obtener una confesión ¿Cuántos golpes o minutos de privación ilegal de la libertad corresponden a la frontera entre lo digno y lo no digno? No es posible determinarlo, sin embargo se encuentran en el meollo de la discusión sobre la dignidad.

Desde otra perspectiva, podemos pensar en la dignidad como la reunión de las condiciones que permitan a los seres humanos realizar su proyecto de vida, las cuales, a menudo dependen de factores objetivos como son ciertas condiciones materiales como la seguridad, factores económicos, culturales y las propias capacidades y potencialidades de los seres humanos favorables a ese proyecto.

#### **iv. La mención de la dignidad en el derecho constitucional**

Así, en el terreno jurídico, el término dignidad se aprecia en distintos instrumentos jurídicos de rango constitucional, con diversos sentidos y en relación con valores y condiciones materiales, por ejemplo:

-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el párrafo segundo del art. 1° prohíbe la discriminación por cualquier razón que atente contra la dignidad (ésta es entendida como expresión de lo humano, de la integridad).<sup>271</sup> El art. 2° señala un concepto similar referido a las mujeres con motivo de la solución de

---

<sup>271</sup> “Art. 1° (...) 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.”

conflictos en los sistemas de pueblos y comunidades indígenas.<sup>272</sup> Mientras que el art. 3° concibe a la dignidad como un valor en la educación que identifica a la persona en su contexto familiar, cultural y social.<sup>273</sup>

Por otro lado, el artículo 25 constitucional, aunque se refiere al a la rectoría económica del Estado, establece a la dignidad como un derecho de individuos, grupos y clases sociales que se ejerce en condiciones económicas de distribución del ingreso y la riqueza justos.<sup>274</sup>

*-Derechos de la Declaración universal*, en su preámbulo, la dignidad se enciende como base de los valores de paz, justicia y libertad, y aparece también como un valor de igual importancia que la persona, la igualdad y los derechos fundamentales; en otros artículos, reconoce a ésta: 1 (su valor universal), 22 (dignidad se ubica en la naturaleza humana dotada de necesidades por cubrir, un aspecto social de la libertad) y 23 (dignidad relacionada con el nivel o la calidad de vida).<sup>275</sup>

---

<sup>272</sup> “Artículo 2o. La Nación Mexicana es única e indivisible. (...) . II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.”

<sup>273</sup> El precepto señala en el inciso c) de la fracción II del párrafo segundo: “Art. 3° (...) El Estado garantizará la calidad en la educación obligatoria de manera que los materiales y métodos educativos, la organización escolar, la infraestructura educativa y la idoneidad de los docentes y los directivos garanticen el máximo logro de aprendizaje de los educandos. (...) II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios. Además: (...) c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos.”

<sup>274</sup> Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.”

<sup>275</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos: Preámbulo: “Considerando que 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 más adelante: “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”; además, reconoce en su “Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.” Mientras que declara en su artículo “22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”, y su

-*Derechos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en su preámbulo (dignidad como base de los valores de paz, justicia y libertad, y como el origen de los derechos), y artículo 10 (dignidad como respeto a la integridad psíquica y física).<sup>276</sup>

- *Derechos del Pacto Internacional de Derechos Económico Sociales y Culturales*, en su proemio y los artículos (es el mismo en ambos pactos), por otro lado, la dignidad es mencionada en dos artículos: art. 7, inciso a), numeral ii (dignidad personal y de la familia de los trabajadores, como resultado de una remuneración equitativa y satisfactoria), y en el art. 13. 1. (dignidad como elemento de la personalidad humana objeto del derecho a la educación).<sup>277</sup>

-La Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas crueles inhumanos o degradantes reconoce en su proemio a la dignidad como la fuente de los derechos humanos inalienables y es más laxa que la Declaración de 1975 sobre la misma problemática.<sup>278</sup>

---

Art. 23. "(...) 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquier medio de protección social."

Las referencias a estos instrumentos internacionales pertenecen a la obra: *Derechos humanos, instrumentos de protección internacional*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores - Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, tomo II. Instrumentos de Protección del Sistema Universal, 2004, pp. 233, 234, 237 y 238.

<sup>276</sup> Pacto Derechos Civiles y Políticos: Preámbulo: "Los Estados Partes en el presente Pacto, Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana"; y "Artículo 10 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano." *Ibidem*, pp. 241 y 246.

<sup>277</sup> "Artículo 7. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: (...) ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto"; mientras que reconoce: "Artículo 13. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales (...)", *ibíd.*, pp. 265, 268 y 270.

<sup>278</sup> Adoptada por la asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, ratificada por México el 23 de enero de 1986 y publicada en el DOF el 6 de marzo de 1986, considera en su prefacio que, "Reconociendo que estos derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana," mientras que la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del 9 de diciembre de 1975, "es más taxativo que la convención al considerar: "Artículo 2. Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos." *Ibid.*, pp. 277 y 309.

Una de las legislaciones que consagran más ámbitos de la dignidad es la *Convención sobre los Derechos del Niño*, del 29 de noviembre de 1989,<sup>279</sup> en su preámbulo se recogen prácticamente las mismas consideraciones que en la Declaración Universal, la dignidad y la persona humana tienen superioridad y es una preocupación de los pueblos, pero agrega a su proemio el sentido de la dignidad como un ideal y condición permanente, al igual que la paz y a la solidaridad.

El artículo 23.1 de ese instrumento considera a la dignidad como un estado o condición que debe ser asegurado por el Estado, “Artículo 23.1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.” En el artículo 28 por su parte, establece en materia de disciplina en la educación de la niñez, que la dignidad debe ser el parámetro mínimo: Artículo 28 “2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.” Más adelante respecto de las condiciones de privación de la libertad, como una expresión de su condición humana de niño, su artículo 37 c), señala la responsabilidad estatal por la cual:

“Artículo 37 (...) c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.” En el caso de los niños víctimas de delito, en el artículo 39, se aprecia la dignidad como el parámetro a seguir por las condiciones de su reintegración. Mientras que respecto de los niños infractores de las leyes penales, en el artículo 40 se establece que su trato tenga en cuenta el sentido de la dignidad y el valor que fortalezca su respeto por los derechos humanos, lo que coloca a la dignidad como un elemento educativo.<sup>280</sup>

Llama nuestra atención la mención que hace la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, del 18 de diciembre de 1990, ratificada por nuestro país el 8 de marzo de 1999 y publicada en el DOF el 13 de agosto de 1999, donde además del señalamiento de esta como un parámetro de las condiciones laborales, señala en

---

<sup>279</sup> Este tratado fue ratificado por México el 21 de septiembre de 1990, y publicado en el DOF el 25 de enero de 1991, *ibíd.* pp. 345,

<sup>280</sup> *Ibíd.*, pp. 354, 358, 360 y 361.

su art. 70 que los Estados no pueden adoptar medidas no menos favorables que las prevista a sus trabajadores en el caso de los trabajadores migratorios en situación regular y sus familias, en consonancia con las normas de "idoneidad, seguridad, salud, así como con los principios de la dignidad humana."<sup>281</sup>

Esta enunciación de los principios de la dignidad humana quizá haga referencia al carácter universal e igualitario de la condición de ser humano y de un mínimo de libertad, conllevan la idea de la dignidad. Los anteriores son breves ejemplos que dan cuenta de las diversas circunstancias en que los derechos humanos consideran a la dignidad, ya como valor que protege la norma, como reflejo de la condición, como fundamento de los derechos, como estándar mínimo, etc. e incluso, se reconoce que ésta se encuentra dotada de principios, o bien que existen principios que conducen a ella. Tampoco en el derecho existen acuerdos sobre los alcances de la dignidad.

### **C) Claves de un enfoque sistemático jurídico**

La perspectiva sistemática jurídica en torno a los derechos humanos se ocuparía por determinar el impacto y alcances que éstos tienen al interior de un sistema normativo u ordenamiento; los elementos que consideraría este enfoque son: a) una *idea, concepto o teoría del derecho, de las instituciones y conceptos jurídicos* que se desenvuelven a partir de esa noción; la cual se reflejará o servirá de modelo para conformar los elementos de todo el sistema jurídico, o al menos esa es su pretensión creadora normas y procedimientos para su exigibilidad, que tendrá como punto de inflexión la cuestión de la validez del derecho, preguntándose si determinadas normas jurídicas son válidas porque emanaron de un procedimiento de creación determinado, establecido, o bien si esas normas son intrínsecamente válidas porque son el reflejo de una idea o valor determinado; y b) en segundo término, por *la manera, lugar y papel que cumplen los derechos humanos dentro de una disciplina jurídica*, por ejemplo: el derecho interno, el derecho constitucional y su apartado dogmático, así como las garantías jurisdiccionales o no jurisdiccionales que los protegen; o bien, en el caso del derecho internacional podemos mencionar las distintas normas convencionales (contenidas en tratados "internacionales"), cuyo objeto es la protección o la consagración de distintos derechos humanos, es decir, normas sustantivas de derechos humanos, o bien las normas adjetivas y aquellas normas orgánicas por las que se consagran cuerpos u órganos supranacionales que tienen como función la garantía jurisdiccional o no jurisdiccional de los derechos humanos, es el caso de los tribunales y cortes de derechos humanos y las comisiones u órganos cuasi jurisdiccionales derivados de tratados de derechos humanos como serían los

---

<sup>281</sup> *Ibíd.*, p. 475.

comités de Naciones Unidas, a los cuales, los sistemas domésticos se vinculan mediante el principio de subsidiariedad y complementariedad.

El enfoque sistemático/jurídico no se entiende ajeno a los enfoques histórico e ideológico, pues una visión que se sustente exclusivamente en sí (misma) nos proporcionará una versión sesgada de la realidad que pretendemos estudiar. Es conveniente que el enfoque jurídico se apoye a su vez, en los enfoques histórico y filosófico/ideológico, porque proveen de una visión más integral de nuestro objeto. El filósofo del derecho Gustav Radbruch expone una idea de la *sistemática jurídica*, como una aproximación al desarrollo de las normas concretas de un orden jurídico o una parte del mismo “a base de una única idea.”<sup>282</sup> En este caso, la dirección que deseamos implementar es la de los derechos humanos; sin embargo, no es posible referirnos a los derechos humanos como un fin en sí mismos, éstos constituyen una herramienta orientada teleológicamente a los objetivos del propio sistema: la seguridad, la paz o el orden, pero no pueden ser un fin determinado: los derechos humanos no son fines en sí mismos. En cambio, éstos pueden consagrar un fin o valor: la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica, la paz; o en su caso, dirigirse hacia la protección de un bien en específico: la vida, la propiedad, la seguridad, el nivel de vida, la salud, el trabajo, etc. Esa posibilidad de materializar cierto contenido se logra mediante la adopción de una forma jurídica y mediante su integración al sistema jurídico, es decir, cuando estos traspasan las nociones éticas que los contienen, para además, integrarse al plano jurídico con obligatoriedad, es decir, como derechos subjetivos.

La creación de normas, su reconocimiento (como en el caso del derecho consuetudinario) o su incorporación, se determina en el orden constitucional donde se consagra el procedimiento legislativo que se compone una serie de pasos o etapas que principian con la *iniciativa* para modificar el ordenamiento ya sea por la *incorporación* de un precepto, de una serie de preceptos o en su caso de un cuerpo normativo, una iniciativa de ley. La creación normativa puede darse a través de la reforma o enmienda de alguna parte del ordenamiento jurídico, ya sea que se lleve a cabo sobre un precepto o varios artículos de una determinada legislación.<sup>283</sup> La creación normativa significa el establecimiento o adopción de

---

<sup>282</sup> La sistemática jurídica es considerada como parte de la elaboración del derecho “positivo” y constituye su etapa culminante, antecedida de la interpretación jurídica (un procedimiento de conocer e interpretar las leyes “incluso más que quienes intervinieron en su creación”, de acuerdo con palabras de G. Radbruch, y de la construcción jurídica, es decir, la reestructuración de toda una institución jurídica partiendo de sus partes aisladas por el pensamiento, donde dicha construcción opera desde el punto de vista de determinados fines, vid. Radbruch, Gustav, *op. cit.*, nota 113, pp. 9-11.

<sup>283</sup> En el ámbito federal, los artículos 71 y 72 constitucionales detallan el procedimiento legislativo. El artículo 71 consagra la facultad de iniciativa, y el art. 72 pormenoriza las etapas de ese procedimiento de creación legislativa, que tiene a la cabeza la *iniciativa* de que un determinado contenido se integre al orden jurídico; ésta facultad corresponde al Presidente, los Diputados y Senadores y las legislaturas locales). La

normas (positivas) que consagren estos derechos, es decir, la creación de derecho objetivo y el consecuente derecho subjetivo o facultad, en el caso de los derechos humanos, de facultades.

Con referencia a la noción de derecho subjetivo Rafael Rojina Villegas se basa en la posibilidad de actuar, interviniendo en la conducta o esfera ajenas, de manera que al interior de la conducta jurídicamente regulada, esa posibilidad o poder suponen la autorización establecida en la norma para actuar dentro de la trayectoria o sentido descrito por la norma; además, como posibilidad normativa aclara: “Sólo cuando el derecho subjetivo o sistema de normas que regulan la conducta jurídica, permite que alguien interfiera en la actividad o esfera de otro, puede darse la facultad en sentido normativo, ya que de lo contrario, tal acto de interferencia constituiría un hecho ilícito. Como regla general, nadie puede interferir en la esfera ajena, a no ser que el sistema normativo permita realizar tal acto de interferencia.”<sup>284</sup>

Desde un punto de vista esencialmente normativo, propone ese autor, pueden asumirse las siguientes formas de interferencia en la esfera ajena:

- a) Facultad para interferir en la esfera jurídica ajena exigiendo una prestación.
- b) Facultad para interferir en la esfera jurídica ajena cumpliendo un deber propio.
- c) Facultad para modificar la esfera jurídica propia, interfiriendo correlativamente en la ajena.
- d) Facultad para impedir que otro (individuo, individuos o ente estatal) interfiera en la esfera propia.
- e) Facultad para optar para interferir en la esfera ajena de una u otra manera, al elegir entre dos o más derechos.<sup>285</sup>

Las distintas formas de intervención se apoyan en la idea de licitud en el ejercicio de ese derecho; además, la noción de intervención se puede intercambiar sin consecuencias por ejercer un derecho o por “relacionarse o vincularse con” (la esfera jurídica); por otro lado, clasificación de esas posibilidades de relacionarse

---

segunda etapa, es la *discusión* que consiste en las deliberaciones y consideraciones al interior de los cuerpos parlamentarios, sobre el contenido de los ordenamientos que se pretenda entren a la vida jurídica. En tercer lugar, se encuentra la *aprobación* o la aceptación de la propuesta de ley o reforma; a continuación, se presenta la *sanción* que consiste en la aceptación que hace el titular del Poder Ejecutivo sobre dicha modificación al ordenamiento jurídico. Corresponde ahora a la *promulgación* que no es otra cosa que una expresión de aprobación sobre el contenido incorporado o suprimido, según corresponda. Por su parte, la *publicación* es el método de publicitar la modificación al ordenamiento y se hace del conocimiento general. Al final de la secuencia se encuentra el inicio de vigencia, que consiste en la adquisición de fuerza obligatoria.

<sup>284</sup> Rojina Villegas, Rafael, *Teoría jurídica de la conducta*, México, Botas, 1947, p. 233.

<sup>285</sup> *Ibidem*, pp. 31 y 32.



con la esfera jurídica no es absoluta y es evidente como distintas de ellas se pueden encontrar en su aplicación práctica. Así, encontramos que c) *Facultad para modificar la esfera jurídica propia, interfiriendo correlativamente en la ajena*, es la noción más influida por su formación en derecho civil e interpretándola desde este punto de vista se puede encontrar un sentido completo, ya que desde otra perspectiva pareciera ser el esquema general del derecho o el ámbito del ejercicio de los derechos, es decir, la acción en el ámbito de los derechos propios, que de una manera u otra se encontrarán o producirán algún efecto directo, o mínimo e imperceptible en alguna esfera que no es la propia. Dos aspectos que no desarrolla ampliamente este autor son: en primer lugar, el referido al carácter colectivo y su óptica es básicamente individual, y en segundo término, la acción en su sentido negativo, la omisión, ambas en relación con la esfera ajena.

Los derechos humanos, como derechos objetivos son susceptibles de una titularidad particular, es decir, se encuentran dirigidos a los seres humanos, sin embargo, cuando llega el momento de su ejercicio, éstos pueden colocarse en alguna las formas señaladas para la intervención en la esfera ajena, es decir, pueden asumir alguna de las formas de exigibilidad, frente a otros sujetos particulares, individuales, colectivos y frente al Estado y sus representaciones.

Durante gran parte del siglo XX, los doctrinarios del derecho intentaron que el derecho de los derechos humanos traspasara de una expectativa jurídica o *lex ferenda* hacia la adquisición del carácter de *lex lata*, este cambio se intentaría principalmente hacia el ámbito nacional, interno o doméstico, federal para el caso de nuestro país, pero se encontraban atrapados en la noción de garantías individuales, pero su contenido material eran los derechos humanos. Ello no significaba que los rasgos de los llamados derechos humanos no se encontraran en los ordenamientos constitucionales, Federal y locales, o bien, repartidos a lo largo de todo el orden jurídico, como un ejemplo de esta afirmación se encuentran las normas del derecho civil donde encontramos elementos que corresponden en esencia con disposiciones del derecho de los derechos humanos, tal es el caso del derecho al nombre y a la personalidad, la última, establecida como uno de los atributos de la persona, en primer término física y más tarde, mediante una ficción jurídica, en el ámbito de las personas colectivas y aquellas pertenecientes al ámbito de los derechos sociales, donde existen normas protectoras de los trabajadores, o bien el reconocimiento de los derechos a las comunidades agrarias. Pero lo más contundente fue la suscripción de los tratados en distintos ámbitos regional y de Naciones Unidas, sobre la materia.

Los anteriores ejemplos reiteran que el derecho de los derechos humanos no tiene una creación reciente, se gestó en las constituciones y en las declaraciones de

siglo XVIII. Durante todo el siglo XIX y se extendió la idea de los derechos del hombre junto con la idea de constitución, y se integraron a esos documentos, en ocasiones, en forma de declaración o bien a lo largo de todo el ordenamiento constitucional, afianzándose. Existieron algunos temas sobre la materia que se encontrarían después con el contenido de los derechos humanos de las constituciones, como fueron las normas humanitarias y las normas de los refugiados, contra la esclavitud, la protección de la salud y el trabajo, entre otras materias evidentemente originados en el marco de relaciones entre Estados.

Estas normas estuvieron dotadas de exigibilidad desde el momento en que entraron en vigor, en nuestro caso, fueron normas del derecho mexicano que protegieron derechos humanos desde su ámbito material, perteneciendo a una rama particular; no cabe duda que algunas normas se encontraban más próximas a los derechos humanos, sin que esta idea fuese la idea determinante.

En el tiempo presente, las normas de cada área del derecho pueden continuar su desarrollo siguiendo además de aquellos conceptos propio de su especialidad, a los derechos humanos como normas parámetro, en el sentido que lo venían desarrollando respecto de la Constitución, pues éstos forman parte integral de la ley fundamental. La coherencia constitucional que deben guardar cada una de las áreas del derecho, constituye una responsabilidad del legislador y también de los jueces cuando las leyes en que se expresan las áreas de derecho sean controvertidas, o cuando se controviertan actos de las autoridades apoyados en las mismas.

#### **D) Líneas para un enfoque multi e interdisciplinario**

En la actualidad, los saberes se encuentran más vinculados que nunca; las fronteras entre las disciplinas se hacen cada vez más delgadas cuando estudian un determinado objeto de la realidad. La reunión de una serie de disciplinas entorno a un objeto determinado o hacia diversas partes de un objeto del conocimiento, constituye un acercamiento *multidisciplinario*; por otra parte, la diversidad de saberes estableciendo relaciones recíprocas, pero manteniendo su unidad como disciplina y buscando unidad sobre el objeto o método constituye un enfoque *interdisciplinario*. Además, se reconoce la posibilidad de un saber *transdisciplinario* que es aquel que sobrepasaría los niveles de cada disciplina o saber especializados, para construir un saber superior al existente, en ocasiones este acercamiento puede llevar al surgimiento de una nueva disciplina.<sup>286</sup>

Es difícil considerar la posibilidad de que en torno a los derechos humanos pueda surgir una nueva disciplina, o bien que pueda surgir por sí una disciplina llamada

---

<sup>286</sup> Cfr. Arias Alpizar, Luz Mary, "Interdisciplinariedad y triangulación en ciencias sociales", *Diálogos. Revista Electrónica de Historia*, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, vol. X, núm. 1, febrero-agosto 2009, p.123.

derechos humanos o ciencia de los derechos humanos, ello, debido a su naturaleza eminentemente jurídica; por otra parte, éstos pueden tener implicaciones o impacto en diversas disciplinas o ciencias sociales tales como la sociología, o la economía, por citar unos ejemplos de cómo estos pueden ser estudiados por disciplinas sociales y humanísticas. Así, el estudio de los derechos humanos puede contar como lo tiene, con un aspecto o fundamento que sea extrajurídico, el cual puede por sí, constituir un enfoque particular, como lo son los enfoques histórico y filosófico, y alcanzar cierto grado de independencia, sin embargo, dichos enfoques no podrían explicar algunos aspectos como lo es por ejemplo: el concepto de fuerza obligatoria aplicada al estudio de un tratado de derechos humanos suscrito como la parte culminante de un proceso histórico determinado.

Los derechos humanos corresponden a un área del saber que puede ser abordado desde el enfoque interdisciplinario para abarcar una mejor comprensión de sus alcances, aunque sus implicaciones y puedan efectivamente son objeto de medición o cuantificación. Las intervenciones de otras disciplinas en el tema se sustentan, señalan algunos autores, en la insuficiencia del instrumental y mecanismos propios del derecho para explicar la complejidad de los derechos humanos en sus dimensiones ética, política, sociológica, económica o antropológica.<sup>287</sup>

En realidad muchas ciencias o científicos sociales desconocen el carácter de ciencias auxiliares del derecho al momento de estudiar los fenómenos jurídicos; es fácil caer en la pretensión de que los derechos humano sean un tema preferentemente jurídico y realizado por juristas, y lo mismo el escenario contrario, que los cultivadores de otras disciplinas consideren que el mundo de lo jurídico se limita a la actividad burocrática o de las jurisdicciones, en ambos casos consiste en un prejuicio y un obstáculo para logras una visión más completa de la realidad.<sup>288</sup>

---

<sup>287</sup> Ver. Vázquez, Daniel, “Los derechos humanos y la teoría y estudios empíricos sobre la democracia”, en Estévez, Ariadna y Vázquez, Daniel (coords.), *Los derechos humanos en las ciencias sociales, una perspectiva multidisciplinaria*, México, Flacso – UNAM-CISAN, 2010, p. 221.

<sup>288</sup> No debe perderse de vista que el derecho es producto social y los derechos humanos forman parte de él, y es motivo de múltiples estudios por disciplinas afines, todas las disciplinas sociales tienen una orientación y un fin en el sentido axiológico/teleológico, que realicen sus procedimientos científicos con un método “científicamente” construido, este puede coincidir en su objeto con las pretensiones de las normas y su efectividad. Pensemos en una norma de derechos humanos: los niños privados de su libertad tienen derecho a la protección de la salud y al respeto de su dignidad. Partamos de un supuesto, varios profesionales acuerdan el contenido de una norma de derechos humanos, si varias disciplinas confluyeran en el estudio de esa norma con miras a su efectividad, quizá la sociología y la economía se preocupen por estudiar las condiciones sociales y económicas que generan niños infractores de normas; además conocerían del costo social y económico de los servicios de salud, así como de los servicios de salud para la niñez, los servicios de salud para los menores privados de su libertad y servicios de salud eficientes. Las ciencias de la

El estudio de los derechos humanos requiere la colaboración de los enfoques que puedan explicarlos como una realidad. Un enfoque puede adquirir preeminencia sobre los otros, pero todos deberán concluir al final en la explicación de los fenómenos vinculados al fundamento, desarrollo, ejercicio y protección de los derechos humanos.

En la sociedad contemporánea, que es una sociedad interconectada, globalizada, la sociedad de la información, del conocimiento o sociedad red como se denomina<sup>289</sup> por algunos expertos, proliferan de operadores jurídicos en distintos órdenes nacionales y supranacionales que aplican normas y criterios o estándares de derechos humanos, y son viables las perspectivas multidisciplinaria e interdisciplinaria sobre los derechos fundamentales.

El valor de la perspectiva multi e interdisciplinaria debe radicar en el establecimiento de un diálogo científico para solucionar eficientemente problemas de derechos humanos.

Es posible reconocer en el mencionado enfoque de derechos un ejemplo de esa perspectiva interdisciplinaria por cuanto se refiere a la posibilidad de implementar criterios y estándares de derechos humanos en las distintas esferas de la vida estatal mediante la elaboración de políticas “públicas” y programas, vinculadas a estándares internacionales que son normativos, éstos constituyen los textos de los tratados sobre derechos humanos, así como de estándares jurisprudenciales y no jurisprudenciales, como pueden ser informes de organismos u órganos de vigilancia creados en virtud de ciertos tratados en la materia, un ejemplo pueden ser los comités que existen en el marco de algunos ordenamientos del ámbito de la organización de las Naciones Unidas.

Señalamos esta noción de interdisciplinaria está vinculada al enfoque de derechos humanos porque existe una importante relación entre actores

---

salud se preocuparían por estudiar y preparar médicos especialistas en medicina infantil, debido a las condiciones de encierro, quizá intervengan médicos con alguna especialidad psiquiátrica o se requiera del trabajo de psicólogos. Los médicos se allegarían de administradores para conocer la forma más adecuada de la administración hospitalaria. El sociólogo y el politólogo, pueden estudiar cómo se establecen y los requerimientos de los servicios de salud dedicados a la niñez, el economista cuantificará apoyado por el administrador sobre la viabilidad económica. Cada profesional en su especialidad destinaría una parte de su potencial en atender un problema de derechos humanos como la simple puesta en práctica de una norma. Pensar en un conocimiento multi e interdisciplinario enfocado en resolver problemas de derechos humanos, ya que éstos implican un verdadero diálogo científico.

<sup>289</sup> Es un término divulgado por el sociólogo Manuel Castells, véase, “Materials for an exploratory theory of the network society”, *British Journal of Sociology*, Londres, vol. 51, tomo 1, enero –marzo, 2000, pp.5-24. Por otra parte, el artículo 6o. en su párrafo tercero, a través de la reforma del 6 de febrero de 2014, incluye este concepto al marco constitucional: “El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios”.

institucionales no estatales, como lo es la sociedad civil a través de la participación de organizaciones no gubernamentales que trabajan tanto a nivel internacional como desde el ámbito doméstico, en la promoción, difusión y establecimiento de dichos estándares de derechos humanos.

La razón de que sea importante la referencia a los estándares establecidos a nivel supraestatal en vez de estándares originados a nivel local, es relativamente clara, se trata de una referencia indirecta a la cuestión de la responsabilidad internacional, ya que la idea el enfoque de derechos busca poner énfasis en dos cuestiones esenciales, a saber: el alcance de determinado o determinados derechos humanos; y por otro lado, en la titularidad de los derechos y en los correlativos deberes de vigilancia, respeto, cumplimiento e implementación a cargo de las entidades estatales y de los individuos o entidades privadas cuando sustituyen al Estado en la prestación de un servicio que originalmente le corresponde al primero.<sup>290</sup>

Una pregunta necesaria que surge de considerar esta propuesta de aproximación a los derechos fundamentales radica en conocer el impacto o importancia del enfoque de derechos respecto de los consagrados o recogidos al interior de un sistema constitucional. Por ejemplo, la afirmación de que el derecho humano a la libertad de expresión constituye uno de los pilares de la sociedad democrática, enuncia la una frase sacramental repetida con regularidad en cada sentencia o resolución que tiene por tema este derecho fundamental, ya sea que se trate de una resolución derivada de un organismo jurisdiccional, y en cualquiera de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos reconocidos: europeo, americano y africano se puede apreciar cómo esta afirmación del vínculo entre vida democrática y libertad de expresión es reafirmado. También, dicha frase puede inscribirse en algún reporte, informe o comentario elaborado por algún órgano de seguimiento de un tratado como los mencionados comités de Naciones Unidas, o bien en los elaborados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El significado de esta repetición es inequívoco: a) los Estados contemporáneos se entienden como regímenes democráticos y suponen un mínimo de libertades entre las que se encuentra la libertad de expresión; b) esta libertad o derechos humanos debe garantizarse en su ejercicio tanto en el ámbito

---

<sup>290</sup> Se trata de un referencia a la teoría de los derechos fundamentales exigibles entre particulares o terceros, llamada *Drittwirkung der Grundrechte*, o bien horizontalidad de los derechos fundamentales, véase, Vega, Pedro de, "La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*", en la obra colectiva: *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, UNAM-III, 1992, pp. 409-427; el autor refiere dos aspectos, mediato o indirecto, donde el ejercicio de los derechos se hace mediante la ley ordinaria, en respeto a la autonomía de la voluntad y gracias a un juez ordinario que aplica dichas leyes; mientras que en su aspecto inmediato o directo (*unmittelbare Drittwirkung*), se logra un equilibrio entre un constitucionalismo social y un constitucionalismo liberal.

nacional o interno, como en el internacional; y c) esa garantía puede asumir una fórmula jurisdiccional o no jurisdiccional.

## II. Epistemología y derechos humanos

Las ciencias se han caracterizado por tener un método particular de desarrollarse y la objetividad con que obtiene sus resultados, en la actualidad es muy marcada la tendencia a la aplicación del método experimental a las ciencias sociales y particularmente del derecho, se trata de una proclividad peligrosa que asocia al valor científico y considera que éste dependiera exclusivamente de realizar adecuadamente los pasos de un método, se asocia con este pensamiento al método científico experimental y se suele localizar al desprendimiento del pensamiento “metafísico”.

La cuestión metodológica en derecho, como en otras disciplinas se propone varios objetivos, por lo que sus orientaciones están dadas en torno a cómo proceder para un determinado fin: el proceso de creación normativo, el proceso de enseñanza-aprendizaje, el proceso de la creación del derecho mediante la actividad dogmática, el método para el ejercicio del derecho, el método para investigación. Hay una confusión fundamental, entre realizar una investigación con grado mínimo de disciplina que signifique la objetividad en los resultados y en tratar de aplicar rígidamente o de manera dogmática una teoría que tiene un aspecto metodológico. Por otra parte, la importancia que se pone actualmente a la ciencia y a sus implicaciones en el mundo del derecho podría orientarse además, a las consideraciones de la generación de conocimiento, más que a su pretensión científica. La idea de la ciencia con la que encontramos afinidad es más cercana a la construcción del conocimiento que a la experimentación.

El desarrollo del positivismo jurídico kelseniano es intento por generar un tipo de conocimiento científico del derecho; consideramos que la parte más importante de esta teoría radica en la fundamentación de validez de las normas. Sin embargo, esta teoría se apoya en un supuesto normativo lo convierte en una “aporía” científica, es decir, una paradoja del conocimiento científico puro propuesto por ella; la pureza se refiere a que su desarrollo se encuentra exento de intervenciones metafísicas. Esta teoría pura tiene a las normas como su objeto de estudio, de las que busca el fundamento de la validez sucesivamente en las normas, hasta llegar a la necesidad de crear un supuesto llamado norma hipotética fundamental, que es una norma supuesta o supuesto metodológico. El sentido de ésta es buscar adaptar el mundo a la mente del sujeto que lo conoce (el científico puro del derecho). Desde nuestra perspectiva, esta teoría se desarrolla *como si* el mundo se adaptara a la teoría, por lo que se trata de una

versión ideal y subjetiva que al final corresponde a una tesis subjetivista<sup>291</sup> del mundo de orientación kantiana que se agota en la imposibilidad de dar explicación de la causa de la validez, de manera similar al positivismo comtiano que se niega a preguntarse por las causas. Lo que deseamos expresar es que, aun las versiones más científicas de la ciencia, las teorías puras son difíciles de construir, y en el mundo del derecho constituye todo un reto la elaboración de una teoría científica que sea tan cerrada que se abstenga de encontrar elementos en algún sitio ajeno a la propia ciencia sin representar una paradoja, la de desarrollar un modelo científico que se apoyan en una ficción.

Lo que nos parece más difícil es considerar el nacimiento de una ciencia en el derecho, simplemente atendiendo a la llamada autonomía que van adquiriendo cada rama de su saber debido a la especificidad de sus objetos.

---

<sup>291</sup> El término de como si, es calificado como un positivismo idealista, debido a un filósofo neokantiano Hans Veihinger (1852-1933), quien escribiría su obra *La Filosofía del como si (Die Philosophie des Als –Ob)*, Leipzig, 1922, véase, Granja Castro Dulce, *El neokantismo en México. Historia de la filosofía en México*, México, UNAM, p. 35. Hans Kelsen, en su *Teoría general de las Normas* dedica una sección al estudio de las normas supuestas, es decir, ficciones, como el señala, la norma hipotética fundamental es una norma de ese tipo y hace una referencia a esta clase de normas como el fundamento de los sistemas normativos: *de tipo jurídico o moral*; “(...) la norma supuesta no es una norma supuesta establecida a través de un acto de voluntad real, sino una norma supuesta en el pensamiento jurídico, es decir, —como ya fue señalado anteriormente— una norma simulada. Ella expone la última base de la vigencia de todas las normas construidas del ordenamiento del derecho. Sólo una norma puede ser base de la vigencia de otra norma.” Y continúa: “La norma de base puede, pero no debe obligadamente ser supuesta. (...) La norma base de un ordenamiento positivo moral o de derecho (...) no es norma positiva alguna, sino una norma simplemente pensada, es decir, una norma simulada”, una ficción en la filosofía de Veihinger, la cual no solo es contradictoria con la realidad, sino consigo, afirma Kelsen, ver la nota 236, de la Teoría de las Normas, p. 251.

En su obra, Hans Veihinger entiende por ficción a una orden del pensamiento, la cual se utiliza cuando no se puede alcanzar la meta de pensamiento con el material existente, *ídem*.

Llama nuestra atención que en obras anteriores, como la Teoría general del derecho y del Estado, 1ª. reimpr. de la 3ª. ed., trad. Eduardo García Máynez, México UNAM, 2010, esta *posibilidad y no obligación no haya sido marcada*, pues señala categóricamente en la siguiente secuencia la validez: “*Nomodinámica*. El orden jurídico. A) Unidad del orden normativo. a) La Razón de validez: la norma fundamental. El orden jurídico es un sistema de normas. (...) Una norma es válida o no lo es. El fundamento de validez de una norma no es (...) su comunidad con lo real. El verdadero fundamento está en que se presupone la existencia de otra cuya validez se admite. (...) La razón o fundamento de la validez está siempre en una norma, nunca en un hecho. (...) A la norma cuya validez no puede derivar de otra la llamamos ‘fundamental’. (...) El fundamento de validez de una norma consiste en presuponer la existencia de una última norma, igualmente válida, a saber, la norma fundamental. La pregunta acerca del fundamento de validez de una norma no es —como la que se refiere a la causa efecto— un *regressus ad infinitum*— sino que encuentra su término en una norma suprema que representa la última razón de validez dentro de un sistema normativo, en tanto que causa última o primera no tiene lugar dentro de un sistema natural de la realidad.”, *íbidem*, p. 129-131; la referencia a la norma supuesta como elemento es precisada en varias ocasiones, a saber: 1) *se presupone la existencia de otra*, 2) la norma consiste en presuponer la existencia de una última norma, y 3) en tanto que causa última o primera no tiene lugar dentro de un sistema natural, en ningún caso la suposición es contingente, sino necesaria. En un sentido similar acerca de la imposibilidad de fundamentar el deber mediante una norma base que es ficta, se refiere el pensamiento del deontólogo inglés H. A. Prichard, a cuyo artículo “*Does Moral Philosophy Rest on a Mistake?*”, *Mind*, vol, XXI, 1912, pp. 21 y ss., se refiere a Kelsen en la nota 174, p. 251 y 377. En esa ocasión, Kelsen se referirá a la vigencia de la norma y no a la validez.

Un panorama menos riguroso de la ciencia es propuesto por Raimundo Bezerra: quien señala los siguientes requisitos de cientificidad en el derecho: a) un campo nítidamente identificable; b) existencia de un objeto bien claro a cuyo respecto el saber que se pretende científico desenvuelva sus esfuerzos cognoscitivos, un saber que sea unificado parcialmente y la posibilidad de la aplicación de un método en el desempeño de los estudios e investigaciones referentes al saber que se desea científico, y nos propone que el derecho es un conocimiento científico no porque se ligue a un mundo del deber ser, sino que se tiende a acreditar un mundo del ser.<sup>292</sup>

### **A) ¿Los derechos humanos son una disciplina científica autónoma?**

El derecho de los derechos humanos es una rama o una división del derecho en sentido pedagógico, pues el derecho es una unidad del pensamiento o una categoría del conocimiento social unitaria y normativa. Las divisiones al interior del derecho surgen con motivo de su enseñanza. La caracterización de cierta independencia de la que podemos referirnos en el caso de los derechos humanos radica en la especificidad en un sentido pedagógico de que se tiene que advertir en cada parcela del conocimiento jurídico para su aprehensión, dando como resultado su autonomía, no su cientificidad.

La cuestión de la autonomía de los derechos humanos como disciplina jurídica fue delineada por el profesor Carlos García Bauer, y en su descripción retrataba en los años 70's aquella actualidad de los derechos humanos: al mencionar el establecimiento de cuerpos normativos, al interior como entre los Estados, la creación de instituciones dedicadas a su enseñanza, y los avances en la materia humanitaria y laboral; enuncia la elaboración de resoluciones sobre las que se viene articulando esta área del derecho que señala como derecho de los derechos humanos, con una expresión interna y otra llamada derecho internacional de los derechos humanos; señala además la existencia de instituciones como tribunales y comisiones de derechos humanos, haciendo referencia a un sección dedicada al derecho procesal de los derechos humanos partiendo de la simple enunciación hacia la protección nacional y a protección internacional, donde incluye la Corte Europea de Derechos Humanos y a la Comisión Interamericana.<sup>293</sup>

En el impulso latinoamericano de los derechos humanos contaron mucho las instituciones especializadas u *ombudsman* y de los instrumentos de control constitucional. En América latina, la importancia de los derechos humanos en

---

<sup>292</sup> Bezerra F., Raimundo, "Por una visión nueva de la epistemología del derecho", en *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Brasil, núm. 8, enero-junio, 2008, pp. 249-255.

<sup>293</sup> García Bauer, Carlos, "¿Puede elaborarse ya una disciplina jurídica autónoma de los derechos humanos?", en Cassi, René, et al., *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*, México, UNAM-III, 1974, pp. 463-472.



materia de defensa de la constitución alude a que durante la segunda mitad del siglo XX, serían las sucesivas dictaduras los detonantes de la emergencia y urgencia del respeto a ese mínimo representado por los derechos humanos y la necesidad de establecer mecanismos para asegurar responsabilidad ante el incumplimiento estatal en sus obligaciones a causa de violaciones sucesivas a esos derechos, que en algunos sitios fueron sistemáticas e institucionalizadas.<sup>294</sup> Es explicable cómo en nuestro continente se vivió el acrecentamiento de instrumentos de control constitucional, donde juega un papel destacado el establecimiento en varias naciones americanas del *ombudsman* que en nuestro país seguiría el modelo del defensor español.<sup>295</sup>

Desde hace décadas se ha venido delineando un movimiento doctrinal en torno a la protección de los derechos humanos que se ha enfocado en los sistemas de protección desde la perspectiva de la justicia constitucional comparada (centrada en derechos humanos); este ejercicio comparativo se ha llevado hacia los ámbitos continentales o los sistemas de protección internacional, como en el caso europeo, americano y africano, o en el de los sistemas que existen en la organización de las Naciones Unidas.

El derecho, si es considerado como ciencia o disciplina social no se divide en *subciencias* particulares, sino en secciones particulares, ramas o áreas para el conocimiento a partir de las especificidades de cada campo del desarrollo jurídico,

---

<sup>294</sup> Ver el informe de *Nunca más* de septiembre de 1984, elaborado por la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, Argentina, 1984, EUDEBA, donde se describen algunos de los hechos de la dictadura que inició en 1976 y concluyó en 1983, e informa 8960 desaparecidos.

<sup>295</sup> Se mencionan importantes antecedentes latinoamericanos en los estudios de Carlos Restrepo Piedrahita, "La idea del ombudsman en Colombia", en la obra de Ramírez, Manuel, *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, Labor, 1978, pp. 454; en el caso de Costa Rica, se señala Hugo Alfonso Muñoz Q. y Carlos Rivera B., "El ombudsman (posibilidad de incorporarlo en Costa Rica)", *Revista Jurídica de Costa Rica*, núm. 10, diciembre de 1978, y el libro de los profesores guatemaltecos Jorge Mario García Laguardia y Edmundo Vázquez Martínez, *Constitución y orden democrático*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1984, pp. 191-196. pp. 35-43, solo por mencionar algunas de las importantes referencias a la institución escandinava, *cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "Posibilidad del *ombudsman* en el derecho latinoamericano", en Carmona Tinoco, Jorge Ulises (coord.), *La vinculación entre los derechos humanos y los derechos universitarios*, México, UNAM, 2013, pp. 205-226. Las instancias de ombudsman son identificadas ahora por su forma particular de resolver conflictos: *ombudsing*. Se compone por una serie de etapas que carecen la formalidad de las instancias judiciales y permite llegar a una solución más pronta. El *ombudsman* especializado en derechos humanos es una figura relevante en los sistemas de protección interna de los derechos humanos, cuando efectivamente realiza sus funciones de manera independiente, en pleno ejercicio de su característica autonomía. Para el caso de las instituciones de protección de derechos humanos, las cuales en el ámbito latinoamericano se apoyan fundamentalmente en la figura del *ombudsman*, se han desarrollado reglas y principios para su mejor operación como son los Principios de París (1992); De manera que en torno a estas instituciones se ha desarrollado una doctrina, legislación y jurisprudencia que se integra a las currícula de los cursos de derechos humanos y de derecho constitucional y administrativo, en razón de su creciente y acelerada diversificación, los ombudsman son la institución y el titular el *ombudsperson*.

es lo que se denomina autonomía y tiene al menos tres elementos o criterios de la autonomía.

*Autonomía material* o legislativa, es decir, existe un conjunto de ordenamientos que tiene como objeto un área determinada, un derecho positivo materialmente diferenciado, con instituciones, prácticas, principios. En el caso específico de los derechos humanos la construcción de su derecho abarca las normas del derecho interno como internacional, que tiene forma de declaraciones, tratados, normas constitucionales, leyes de distintas jerarquías y objetivos como son las que crean alguna institución de protección. Además, se han desarrollado principios como el pro persona y el principio de progresividad que son herramientas para su interpretación más adecuada. Nuestro país tiene suscritos más de 50 instrumentos internacionales en las distintas materias que abarcan los derechos humanos (sin considerar las normas del derecho humanitario).

*Autonomía jurisdiccional*, se refiere a la existencia de instancias que pueden resolver conflictos en una materia específica. En materia de derechos humanos, podemos señalar la prevención general de todo funcionario público para cumplir la Constitución; además, nuestro país reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derecho Humanos desde el 16 de diciembre de 1998 y publicaría su Decreto del 24 de febrero de 1999.

Además, en el nivel doméstico ha creado una serie de instancias de *ombudsman*<sup>296</sup> *especializados*, una a nivel federal y una por cada entidad federativa, que comparten la función de proteger el ejercicio de los derechos humanos, tal es el caso del Instituto Federal Electoral (Instituto Nacional Electoral), el IFAI (Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos), y el CONAPRED (Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación), entre otras instancias de especializadas; por otro lado, en la mayoría de las entidades federativas se ha repetido el esquema de protección: derecho electorales electoral, acceso a la información y derecho a la no discriminación.

La protección en el plano del sistema interamericano se establece con la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y al nivel de Naciones Unidas, el reconocimiento de la competencia de los Comités de Derechos Humanos, Contra la Tortura, Discriminación Racial y Discriminación

---

<sup>296</sup> Además, en el nivel doméstico ha creado una serie de instancias de *ombudsman* una a nivel federal y una por cada entidad federativa, que comparten la función de proteger el ejercicio de los derechos humanos, así como mecanismos especializados en otras materias de derecho electoral, acceso a la información y derecho a la no discriminación, como en los casos del Instituto Nacional Electoral (antes IFE), el IFAI (Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos) y el CONAPRED (Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación), por otro lado, en la mayoría de las entidades federativas se ha repetido el esquema de protección, en Ruipérez, Javier, *Libertad civil e ideología democrática*, México, UNAM-III, pp. 8-10.

contra la Mujer para atender comunicaciones (quejas por violaciones a derechos humanos cuando se hayan agotados los recursos internos, o no existan y cuando no se haya acudido a otra instancia).<sup>297</sup> Por otro lado, independientemente de la competencia cuasi jurisdiccional de los comités, nuestro país presenta informes a los comités de Derecho Humanos, Prevención de la Tortura, Discriminación Racial, Discriminación contra la Mujer, Comité de derecho Económicos Sociales y Culturales, Trabajadores Migratorios, Derechos del Niño y Personas con Discapacidad.<sup>298</sup>

*La autonomía doctrinal*, existe una serie de doctrina y documentación sobre los derechos del hombre tanto en los aspectos sustantivo como adjetivo de los derechos humanos, que abarca las instituciones de protección.

La autonomía es una noción pedagógica del derecho, sería un equívoco el considerar que existen disciplinas jurídicas autónomas es equivalente a mencionar que existen ramas del derecho.

El derecho de los derechos humanos se desarrolló a lo largo de la historia como una rama del conocimiento jurídico muy basta, lo que ha implicado la colaboración tanto con otras ciencias como con las distintas áreas del derecho, su transversalidad material y científica, le permiten entrar en contacto con diversas ciencias y con disciplinas jurídicas especializadas, sin que por ello se ponga en riesgo su valor científico como derecho, ni su autonomía. En la extensión de los derechos humanos a la mayoría de las actividades humanas y de los Estados existe un riesgo, pero éste no tiene que ver necesariamente con el carácter autónomo de los derechos humanos, sino con la errónea desvalorización de los derechos humanos, en las formas siguientes: a) restando importancia paulatinamente, restando significación; b) alarma o urgencia por los derechos humanos, que lleva a los Estado del mundo y en general a las autoridades a dos posibilidades: 1) a la pasividad y a evitar toda acción ante el riesgo de cometer un abuso en el ejercicio de los derechos humanos, 2) a no hacer visibles las situaciones que comprometan a los derechos humanos.

Diversas aproximaciones a una determinada área del conocimiento jurídico suelen principiar considerando algún o diversos aspectos metodológicos que la envuelven. Si aceptamos la noción de que el conocimiento científico se caracteriza

---

<sup>297</sup> Quinto informe periódico de México sobre el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, México, SRE, 2011, p. 21. Disponible en línea en: <http://www.sre.gob.mx/images/stories/docsdh/informes/4623inte.pdf> Sobre el impacto de la actividad de los Comités, ver: Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia en México", *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, México, UNAM, IJ, núm. 1, 2003, p. 161-191.

<sup>298</sup> Véase, <http://www.sre.gob.mx/index.php/informes-presentados-por-mexico>

como una forma de conocer el mundo a través de un método determinado de análisis de la realidad, es decir, que lo característico de las ciencias es además de dirigirse a una determinada sección de la realidad como su objeto de estudio, a la utilización de un método científico específico riguroso, resulta difícil pensar en la cientificidad de conocimientos conforme los cánones de una cientificidad que solo vive en la mente de los científicos.<sup>299</sup> No advertimos la existencia de una nueva rama del derecho, pero si la consolidación y fortalecimiento de diversas temáticas que cobra cada vez más importancia; los derechos humanos hunde profundamente sus raíces en el derecho constitucional al que pertenece, y siempre será uno de sus soportes, además en el derecho internacional encuentra otra de sus fuentes, un adecuado conocimiento y cooperación de ambas hará que los diferentes caminos por los que transita en su especialización, la lleven a brindar una adecuada protección a los bienes que consagra esta área del derecho.

#### **i. Líneas para un método de enseñanza de los derechos humanos**

Con relación a la cuestión del método ¿cómo se justifica una aproximación metodológica, en primer lugar al derecho, y en segundo lugar al derecho de los derechos humanos? ¿Cuál es la utilidad de desarrollar los elementos o características de un método referido a un área del derecho? ¿Se justifica el estudio de un método de los derechos humanos? ¿Existe un método único o son diversos los métodos con que opera el derecho? Se trata de algunas interrogantes que plantea una introducción metodológica a los derechos humanos y al derecho.

Un método es el camino se emprende para llegar a un fin determinado, que puede ocurrir en una sola dirección, lo más directo posible, o encontrar atajos, etapas, incluso una ruta más larga. Someramente, diremos que los derechos humanos se pueden estudiar metódicamente o metodológicamente si aplicamos alguna forma de razonamiento. La cuestión metodológica en el área de los derechos humanos, se desarrolla tanto en materia de interpretación de los derechos humanos, como en materia de su exigibilidad y en su forma de enseñanza.

---

<sup>299</sup> Tampoco es posible olvidar las posiciones contrarias tan cerradas que ha negado al derecho el valor científico, como ocurrió en 1848 con la obra de J. von Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia (Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft)*, Trad. Antonio Truyol, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961, en: Latorre, Ángel, *op. cit.*, nota 36, p. 115-117. En ese discurso contra las pretensiones científicas el autor germano señala la ausencia de leyes como en las “ciencias”, un saber falso y deficiente, y un carácter casi inmutable del derecho, a él se le atribuye la frase de que unas palabras del legislador pueden convertir bibliotecas enteras en basura. Desde nuestra concepción, dicho autor desconoció la importancia que traerían consigo las nociones de constitución y de los derechos humanos, su pretensión de universalidad y las repercusiones en todos los campos del saber, si existe un ejemplo de producción de conocimiento con tendencia hacia el progreso social, han sido en gran parte conquistas logradas por los derechos humanos, afortunadamente las concepciones sobre el saber y sobre el saber científico avanzan y no permanece como su pensamiento encapsulado, si tres palabras del legislador vuelven bibliotecas enteras en basura, aun la abrogación o derogación de alguna institución es una oportunidad para la generación de conocimiento jurídico, social e histórico.

Pero, como es natural, y en eso radica gran parte de la riqueza del tema de los derechos humanos, al ser vistos como objeto de estudio, puede aplicarse un método sociológico, histórico, estadístico, econométrico, etc., como a cualquier otro objeto de conocimiento correspondiendo a esas ciencias; por ejemplo a partir del ejercicio de esos derechos y sus implicaciones, ¿se podría plantear un método para comprenderlos, para desarrollar su aprehensión como parte de la realidad? Nos referiríamos a la existencia de un método para enseñar o aprender a hacerlos exigibles, acompañado de la metodología para medir el impacto de éstos en la realidad, es decir: a) ante las instancias especializadas (vías jurisdiccional y no jurisdiccional); b) a través de la actividad de otras instancias no especializadas públicas o privadas.

Por otro lado, una didáctica en derechos humanos puede apoyarse en métodos casuísticos, pero una educación en derechos humanos y su enseñanza en distintos niveles educativos requiere distintos parámetros, la elaboración de materiales didactizados, y ante todo, la enseñanza de los derechos humanos principia con la enseñanza de la Constitución.<sup>300</sup>

Pero la formación y profesional de funcionarios públicos, jueces, magistrados, legisladores, y aún de la sociedad civil requiere al menos los siguientes elementos: primero, eliminar el obstáculo que significan las actitudes dogmáticas, el aprendizaje es un proceso continuo que se renueva y actualiza; el reconocimiento del valor del diálogo en derechos humanos (intercambio de experiencias en distintos ámbitos de su desarrollo profesional o la experiencia personal); y lo más necesario y en relación con el primer elemento: la voluntad y el compromiso de aprender y de aplicar el conocimiento para mejorar nuestra actividad.

La discusión en torno a los derechos humanos ha trasladado su lugar a las controversias sobre de su fundamento o fundamentación, no a agotar su definición o esclarecer su estatuto ontológico, su realidad o su esencia, fundamento y naturaleza son cuestiones distintas.<sup>301</sup> No podemos preguntarnos por su

---

<sup>300</sup> Arrieta Silva, Enrique, tiene un posición contraria, señala que aún no se desarrollaba por completo la autonomía didáctica de los derechos humanos, véase, "Hacia la autonomía plena de los derechos humanos como disciplina jurídica", en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM-III, tomo III. p. 53.

<sup>301</sup> Para aclarar este punto una analogía inspirada en el modelo del árbol viviente que toma W. Waluchow de los jueces canadienses acerca de que las constituciones no son estáticas, sino como árboles vivientes que crecen pero en la medida de sus límites, véase de ese autor: "A common law theory of Judicial review", en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, UNAM-III, no. 1, 2007, pp. 123-128. Inspirándonos en una metáfora similar ¿podríamos buscar los fundamentos de los derechos humanos? Podríamos intentarlo así: el derecho como si se tratase de una planta, que tiene su asiento en la tierra y se encuentra fijada en ella a partir de su raíz, así, explicar otras circunstancias tales, por ejemplo: cómo es que crece, se transforma, cómo es que funciona, cómo se alimenta, cómo se relaciona con otros seres vivos, cómo puede verse cada rama en relación con el tronco y encontrarse vinculada entre sí, conformando un ser único, con vida propia, preguntarse por estas circunstancias es independiente de preguntarse por aquello en

naturaleza, o por su ser particular, a partir de cómo es que permanece inamovible su naturaleza, ello lo consideramos un error, por ese motivo la explicación del derecho natural de contenido variable de R. Stammler.

Es de esta manera como no es posible explicar qué son los derechos humanos ni el derecho, exclusivamente a partir de que es lo que les da fundamento, es decir de la idea a la que se sujetan, a partir de la cual se extienden, toman fuerza; como también sería un error tomar la postura contraria y decir que los derechos humanos no requieren de un fundamento, o una idea fundamental, no es posible establecer que se deje de reconocer una idea que anime o de sustento, refuerce o la dote de sentido. La noción de los derechos humanos se encuentra ligada a la idea de imperante en un momento determinado, así como la idea del derecho en general puede encontrar su fundamento en la idea de justicia que prevalezca en esos instantes, es de esa manera que se debe explicar el concepto derecho y derechos humanos desde su descomposición en dos elementos, su sustrato jurídico y su referente humanos. En una pedagogía de los derechos humanos debe tomarse en cuenta estos elementos, al lado de sus características como son la universalidad, progresividad, interdependencia, obligatoriedad, y procurarse su accesibilidad, la enseñanza de los derechos humanos puede hacerse en un nivel técnico y en otro no técnico, con contenidos didactizados, comprensibles y principiar con la enseñanza de estos a través de la Constitución.

## ii. **Propuesta de clasificación de las normas de derechos humanos**

En cuadradas en el mundo de lo jurídico, las normas de derechos humanos asumen tipos muy diversos. El derecho de los derechos humanos es un derecho transnacional porque se recoge con el mismo contenido en diversos ordenamientos que se integran a los órdenes internos, y para su aseguramiento conviven jurisdicciones y demás organismos domésticos, con las jurisdicciones e igualmente organismos que funcionan fuera de estado, de manera que las cuestiones de competencia se apoyan en los principios de subsidiariedad y complementariedad.

La clasificación que proponemos se basa en los siguientes criterios: a) de acuerdo a su vinculatoriedad, pueden ser: declarativas (no vinculantes) y vinculantes; b) de acuerdo con el sistema donde se produzcan: de fuente interna (constitucionales o legales) y de fuente externa o internacional *lato sensu* <comprendiendo aquí, al derecho supranacional, comunitario e internacional en *stricto sensu*>; c) de

---

lo que se sustenta, que le da firmeza, asidero, un punto de apoyo. De esa manera, no podría explicarse qué es una planta, qué lugar ocupa entre los seres con vida, es decir, no sería posible esclarecer su naturaleza si lo explicamos exclusivamente desde su vínculo con la tierra o con otro medio que le permita desarrollarse, puesto que, siguiendo esta analogía, un ser viviente puede desarrollarse en distintos medios, siempre que éstos reúnan las condiciones necesarias para permitirle vivir, cumplir una función, no exclusivamente tener asidero o un fundamento.

acuerdo con el tipo de derecho que establezcan, subjetivas o adjetivas procedimentales; d) de acuerdo con su proceso de creación: legisladas o consuetudinarias; e) de acuerdo con su preeminencia en el establecimiento de los derechos: primarias (originarias) <como las establecidas en un tratado>, o derivadas <como lo son las establecidas en una sentencia o acuerdo para reparar la vulneración de un derecho>. Los tipos de normas de derechos humanos se encuentran vinculados entre sí, debido a ese encuadramiento jurídico que las hace parte de un sistema. La famosa clasificación desarrollada por Karel Vasak, siguiendo el criterio de generaciones de derechos se referiría a los alcances o materia del derecho proclamado por esa norma, puede constituir otro criterio de clasificación.<sup>302</sup>

### iii. Aproximaciones al concepto de derechos humanos

A lo largo de la historia y del pensamiento jurídico, principalmente desde el siglo XVIII en adelante, se originaron unas construcciones teóricas sobre las condiciones materiales y sociales que alimentaron ideológicamente los movimientos políticos; estas construcciones se establecieron en un lenguaje normativo, como declaraciones de derechos y como normas constitucionales; dichas construcciones teóricas que plantearon su inmanencia en el ser humano, se diversificaron y ampliaron su contenido y se trasladó a las relaciones entre los estados dándoseles la fuerza de ley positiva internacional, especializándose y desarrollando instituciones especializadas para su garantía en ese ámbito, debido a la unión de varios factores y actores: las sociedades políticamente organizadas, sus instituciones políticas y el impulso que se ha dado desde el plano académico para que dichas construcciones jurídicas que son reflejo del devenir social de una época determinada, se puedan cumplirse.

-*Concepto teleológico* de los derechos humanos:

A partir de su finalidad, los derechos humanos pueden entenderse como un sector importante de las condiciones objetivas de posibilidad para una vida feliz, tanto de los individuos como de sus respectivas colectividades.

1. Son condiciones en cuanto a requerimientos mínimos (sociales económicos, culturales, por lo que estos requerimientos son objetivos).
2. Tienen ambivalencia: son derechos y obligaciones.
3. Su titularidad es individual y colectiva.

---

<sup>302</sup>Véase Vasak, Karel, *op. cit.*, pp. 29 y 31.

*-Concepto axiológico*

Los derechos humanos constituyen una manifestación jurídica de libertad, justicia, igualdad, dignidad, los cuales, manera individual y colectiva, conforman el límite racional a la actividad de los poderes públicos y privados.

*-Concepto sistemático jurídico*

Son los derechos subjetivos con la máxima jerarquía en el ámbito interno e internacional, oponibles al Estado, a corporaciones u organismos públicos, privados, e individuos encuentran dotados de progresividad.

*-Concepto filosófico político*

Los Derechos humanos constituyen el conjunto de expresiones normativas del concepto de lo humano, con validez en el orden interno e internacional y pretensión de universalidad.

**III. El papel fundamental de los derechos humanos en materia de defensa de la Constitución: la idea del control convencional**

La idea de controlar actos y leyes que cuando contravengan disposiciones de naturaleza constitucional tiene antecedentes que se remontan a la defensa de la legalidad en Grecia;<sup>303</sup> es el antecedente más antiguo que encontramos, y se desarrolló aproximadamente durante los siglos V y VI antes de nuestra era, y no se trató en exclusiva de mecanismos para la defensa de los derechos humanos, sino del derecho y de las instituciones de la ciudad en general.

La defensa de los derechos humanos implica la defensa del derecho individualizado, es decir del que tiene un titular; en su origen, se destaca la construcción del mecanismo de protección de una idea llamada democracia que se sustentaba en las instituciones que había creado como son la asamblea, los consejos y los tribunales; en cierto sentido dichas instituciones podrían implicar la defensa de la dignidad individual por cuanto hace a un uso racional de un recurso frente a la alteración de un orden igualitario mínimo, aun en el caso de la Grecia con sus dos ciudades-Estado más importantes, Esparta y Atenas, con sus míticos legisladores Licurgo en la primera ciudad, y Dracón y Solón en el segundo caso. Aunque existía un concepto de igualdad ante la ley *isonomía* que se traducía en la participación potencial de los individuos (ciudadanos) en ciertos cargos y dignidades públicas, la civilización griega tenía una base esclavista, por lo que nuestro concepto contemporáneo de igualdad no es aplicable, como señalamos,

---

<sup>303</sup> Aunque la historia de los pueblos de la antigüedad que habitaron la península Balcánica se remonta a más de dos mil años antes de nuestra era, nos interesa particularmente lo ocurrido en el pensamiento jurídico de los durante los siglos VI o V a. C., cuando se produjo un auge de civilización que tuvo como su centro el establecimiento de la ciudades-Estado.



debemos trasladarnos al contexto.<sup>304</sup> La característica fundamental del sistema de protección es la posibilidad del ejercicio de una acción ante la afectación a un derecho establecido en las *nomoi* (integrantes de la Constitución o *politeia*), y *psefismata* que son las leyes de la asamblea en su sentido originario, que corresponderían con nuestra noción de decreto-ley.<sup>305</sup>

En Esparta existieron los *éforos* quienes vigilaban el orden constitucional; el orden en Atenas se encargó al *areópago* y los *nomofilacos*; entre los medio para la efectividad de las disposiciones básicas se encontraba la acción llamada *graphé paranomón*, accesible a cualquier ciudadano en contra de otro que hubiera presentado lo que hoy llamaríamos iniciativa de ley.

Los antecedentes en Roma durante la República, se encontraron con la duplicidad de funcionarios cuestores, ediles, censores, pretores y cónsules; el tribuno de la plebe era un funcionario que evitaba la aplicación de normas contrarias a los intereses populares y daba protección personal a los perseguidos.

La Edad Media ocurrió con la protección derivada del derecho natural e incluso el tiranicidio, cuando los gobernantes se alejaban de los preceptos del derecho natural. Posteriormente, los siglo XVI y XVII sentaron las bases para los textos constitucionales modernos tuvieron la influencia del Iluminismo y el Enciclopedismo, las ideas más influyentes corresponden al pensamiento de John Locke, Montesquieu.<sup>306</sup>

La Declaración de los Derecho del hombre y del ciudadano del 26 de agosto de 1789 emanada de la Asamblea Nacional Francesa, se refirió en su artículo 16 que “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”. Lo elementos garantía de los derechos y separación de poderes parecen descargar desde entonces en el poder judicial, una importante responsabilidad.

En su estudio del Constitucionalismo norteamericano de 1791, *La Democracia en América*, Alexis de Tocqueville estudia al Poder judicial y reconoce que los jueces tiene un poder político derivado de que les es reconocido el derecho de basar sus sentencias más en la Constitución que en las leyes, por lo que les es permitido *no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales* (lo que sería llamado por la doctrina *Normenkontrolle*). Relata ese autor la situación de Francia con su

---

<sup>305</sup> Perrot, Georges, *Essais sur le droit public et privé de la république athénienne*, París, Ernest Thorin Librerie Éditeur, 1867, p. 176. y puede consultarse Ruipérez, Javier, *Libertad civil e ideología democrática*, México, UNAM-III, pp. 1-12

<sup>306</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª. ed., México, Porrúa, p. 1-4

constitución inmutable e Inglaterra con el gran poder en la materia que ejerce el Parlamento. La Constitución obliga por iguala jueces, parlamentarios y ciudadanos delos Estados Unidos. Pero el poder del juez norteamericano radica en que:

“Cuando de invoca, ante los tribunales (...) una ley que el juez estima contraria a la constitución, el juez puede negarse a aplicarla. Este poder es el único que es particular al magistrado norteamericano, pero una gran influencia política se desprende de él. (...) Desde el día en que el juez se niega a aplicar la ley en un proceso, desde ese instante, pierde es ley parte de su fuerza moral. Los que ha sido lesionados (*sic*) quedan entonces advertidos de que existe un medio de sustraerse a la obligación de observarla: los procesos de multiplican y la ley cae en la impotencia. Entonces sucede una de estas dos cosas: el pueblo cambia su constitución, o la legislatura cambia su ley. (...) Encerrado en sus límites, el poder concedido a los tribunales americanos de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes, forma, no obstante una de las más potentes barreras que nunca se hayan alzado contra la tiranía de las asambleas políticas.”<sup>307</sup>

Otro elemento necesario en la enunciación de las raíces de la defensa de la Constitución y particularmente dentro de la jurisdicción constitucional de la libertad, se encuentra la revisión judicial en el juicio emitido por el Juez Marshall en el año de 1803, en la solución del caso *Marbury versus Madison*, que determino la primacía del orden constitucional al que deben sujetarse todas la disposiciones legales, y ante lo contrario, puede plantearse la cuestión de inconstitucionalidad en procesos concretos ante jueces ordinarios y con los medios de impugnación puede llevarse el caso ante la Corte Suprema. Este antecedente precedido por el asunto del caso *Bonham*, resuelto por el magistrado Sir Eduard Coke en 1610, quien determinó que existía un derecho que no podía ser contravenido por las leyes emanadas del parlamento.<sup>308</sup>

El concepto de justicia constitucional se relaciona además con una manera de hacer efectiva o llevar a la práctica y en su caso, hacer exigible la Constitución.

---

<sup>307</sup> Tocqueville, Alexis de, *La Democracia en América*, trad. de Marcelo Arroita Jáuregui, Barcelona, Orbis, 1985, pp. 69-71.

<sup>308</sup> Véase Fix-Zamudio, Héctor, “Seminario sobre la acción de las autoridades nacionales en la protección de los derechos civiles y políticos”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM-IIIJ, pp. 48 y 49 Conviene hacer un paréntesis para mencionar la clasificación que propone este autor, acerca de los instrumentos procesales para la tutela de los derechos humanos: *remedios procesales indirectos*, defienden derechos de carácter ordinario, pero de forma refleja protegen derechos fundamentales (procesos ordinarios y justicia administrativa); *instrumentos complementarios*, no han sido estructurados para proteger derechos humanos, pero se utilizan para reparar una violación irreparable de éstos, tienen efectos represivos (juicio político y responsabilidad de los funcionarios), y los *medios procesales específicos*, los cuales se han desarrollado para dar una protección rápida y eficaz, y generalmente tienen efectos reparadores (*habeas corpus*, revisión judicial, *madado de segurança*, el recurso constitucional o *Verfassungsbeschwerde*, y el *ombudsman*), pp. 46-47.

Consideramos con Loewenstein, que la idea de la una justicia constitucional precisa una idea clara la constitución, a la cual nos hemos aproximado en varios de sus aspectos: con relación a su finalidad (ética-política como puede ser la construcción de una comunidad, económica (el establecimiento de un régimen de propiedad determinado); respecto de las normas que la integran (dispositivas, procesales, programáticas); sobre la jerarquía que guarda con relación al resto del orden jurídico, es decir, ubicándose en el máximo estadio (se le atribuye la máxima jerarquía donde corresponde un orden primario de esa máxima jerarquía, a las normas de los derechos humanos, considerándolos como derechos subjetivos públicos.

La idea de jerarquía constitucional funciona como atributo de las normas; cuando a las normas se les califica como de una jerarquía constitucional, significa que tienen la máxima significación en el orden de un Estado, lo que quiere decir que pueden constituirse como un punto de partida, comparación o parámetro para el resto de las normas del ordenamiento, con excepción de aquellas que tengan o compartan la misma jerarquía.

La palabra jerarquía en el mundo del derecho significa además, el orden o secuencia mismo que regularmente es seguido por elementos que comparten las mismas características, por ejemplo, hay un orden de actos en un proceso legislativo, un orden de actos procesales, un orden ellos acreedores de un deudor; los artículos de una normatividad se ordenan en una secuencia. La secuencia u orden se acomoda de acuerdo con necesidades de ese cuerpo normativo.

Para determinar la preeminencia de unos sobre otros elementos del orden, se requiere de una voluntad que fije dicho orden y primacía de los objetos jurídicos ordenados, los cuales pueden ser objetos propiamente, actos, estadios o etapas de un proceso; se requiere una voluntad que determine que los órdenes fijados son adecuados, la cual se expresa en el lugar que ocupan algunas normas respecto de otras y se estableció al momento de su creación; sin embargo cuando ese orden precisa de claridad, se abre la puerta a que los órganos de la jurisdicción se pronuncien sobre su ordenación. La ordenación es una relación de correspondencia material, espacial, temporal y personal, de manera que en el mundo del derecho, la idea que se encuentra en el fondo de esa ordenación se denomina validez.

Los ámbitos de validez pertenecen tanto a las normas sustantivas como a las procesales en todos los grados del orden normativo. Un orden cualquiera, para ser tal, requiere al menos dos elementos ordenados, uno primario y otro secundario; en los diversos órdenes que ocurren en lo jurídico, el elemento ordenador es la validez o un *criterio de validez*.

La validez se refleja en las normas y de los actos que se producen a su amparo, y se inscriben en diversos ámbitos, de modo que toda norma o acto de un sistema cabe en alguno de los criterios anteriores, desde las normas municipales sobre espectáculo públicos, hasta las normas constitucionales, todas las normas y actos fueron elaboradas y producidos atendiendo o teniendo como presupuesto los criterios de validez de la norma; tanto de la norma en sí, como a los que se sujetó el ente que la emitió. La validez de la norma debiera ser considerada un presupuesto o una cuestión de *política jurídica*, y no, tener una función reactiva y correctiva o terapéutica, como es la que ocupa a las jurisdicciones que la verifican, como es el caso de la Suprema Corte de Justicia resolviendo controversias constitucionales.

Tradicionalmente, las escuelas o corrientes del derecho se han preguntado por la validez de las normas y han legado diversos resultados, para algunas la validez depende además de la caracterización jurídica, con la adecuación a algún criterio de justicia de los actos, en relación con la efectividad en el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, ya sea mediata o inmediatamente a través de la adecuación de los actos a una disposición legal, y de la adecuación de esta a las disposiciones constitucionales. No se trata de un tema simple, ya que la búsqueda de la eficiencia jurídica, aplicada al ámbito constitucional, precisa de algunas consideraciones, como es tener en cuenta que lo constitucional implica una concordancia de leyes y actos con el texto de la ley fundamental (en el caso de las constituciones escritas), los precedentes constitucionales, y las normas del derecho consuetudinario o costumbre constitucional.

Nos referimos a la efectividad del ordenamiento también en cuanto a sus normas adjetivas, pues los distintos subórdenes procesales sobre una materia o área del derecho se erigen como una manera de contribuir a la efectividad de las normas sustantivas, cuando establecen alguna conducta que de realizarse produciría determinadas consecuencias en el mundo del derecho, las cuales puedan exigirse mediante una vía procesal (o un equivalente jurisdiccional cuando la propia materia o permite). Debe tenerse en cuenta que no existe un jerarquía entre las normas atendiendo a si corresponden al derecho sustantivo o al derecho adjetivo, sus funciones son complementarias en contribuir al funcionamiento del sistema jurídico en su conjunto. La efectividad de las normas procesales, desde la justicia de paz hasta la jurisdicción constitucional, pueden tener una efectividad causal pero no por ello secundaria. Su efectividad es causal en virtud de que se origina para poner en práctica derechos sustantivos, desde aquellos con la mayor jerarquía normativa como el propio acceso a la justicia o la defensa de la libertad personal, plasmados en la Constitución, así como puede serlo para la cobranza de un título de crédito. En cualquiera de los casos, la institución procesal se establece como una posibilidad en el mundo del derecho para la salvaguardia de

un interés jurídico, un bien o un valor al que una autoridad con la capacidad de establecer el contenido de las normas, le ha atribuido importancia tal que debe protegerse, mediante el derecho instrumental de la acción.

Si pensamos el derecho y sus manifestaciones, en mayor medida que las instituciones del derecho sustantivo, las áreas del derecho que tienen la posibilidad de pensarse desde su “juridicidad”, son las instituciones del derecho adjetivo. Se puede tener una idea o puede describirse la vida, de la libertad, del trabajo, de la propiedad, un contrato, incluso una Constitución, sin embargo, no puede pensarse la institución procesal de la acción o la ejecución de una sentencia.

En la frontera se encuentran los derechos que pertenecen al ámbito jurisdiccional pues son ideados para su efectividad en cualquier materia (civil penal administrativo, laboral, agrario, constitucional) y que son derechos subjetivos como el derecho a la tutela jurídica, la cual consiste, siguiendo a Eduardo J. Couture, en que en un lugar y momento histórico preciso “existan jueces independientes, revestidos de autoridad y responsables de sus actos capaces de dar razón a quienes ellos creen sinceramente que la tienen. Y que las autoridades encargadas de respetar y ejecutar las sentencias judiciales (*sic*) las respeten y ejecuten positivamente.”<sup>309</sup> Aquí corresponde mencionar que los conflictos sobre la efectividad de la Constitución se encuentran en el género de las controversias constitucionales, en ellas, las normas subjetivas públicas como el derecho a la tutela pueden apreciarse, de manera que la doctrina hace una distinción que conviene tener presente para referirnos a la idea de jurisdicción o defensa de la Constitución en relación con el derecho a la tutela jurídica<sup>310</sup> y del también del proceso como garantía constitucional.

A partir de la idea unitaria de lo jurídico, el profesor Héctor Fix-Zamudio propone una distinción conceptual entre *derecho procesal constitucional* y *derecho constitucional procesal*, la cual es meramente pedagógica y nos conviene citar antes de tratar la noción de la defensa de la constitución, el control constitucional y la importancia que guardan estas instituciones respecto de la efectividad de los

---

<sup>309</sup> Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª. ed., Buenos Aires, Depalma, 1972, p. 484.

<sup>310</sup> Eduardo J. Couture comparte algunas ideas sobre la tutela jurídica, entre las que se encuentra el sentido del “léxico de la escuela alemana” donde adquiere el sentido de la satisfacción efectiva de los fines del derecho, como es “(...) la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas (*Rechtsschutzbedürfniss*) – literalmente, exigencia o necesidad de la protección o garantía del derecho–”, afirma este autor en su obra: *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 479. El derecho procura el acceso efectivo a valores jurídicos, los cuales, abarcan más allá de la paz, comprende además: la justicia, la seguridad, el orden, cierto tipo de libertad humana, en su conjunto corresponde con la “actual conciencia jurídica del mundo occidental”, y la tutela jurídica supone su combinación armoniosa, en cuanto significa la efectividad del goce de los derechos, p. 480 de la obra del profesor uruguayo.

derecho humanos. Este autor califica al *derecho procesal constitucional* como el contenido en “las instituciones, los organismos, los procesos y los procedimientos que tienen como finalidad la solución de controversias constitucionales en sentido estricto, y que podemos agrupar en lo que se ha denominado justicia constitucional o garantías constitucionales” (una rama del derecho procesal).<sup>311</sup>

Siguiendo las ideas de Mauro Cappelletti, en el derecho procesal constitucional deben estudiarse: la jurisdicción constitucional de la libertad, la jurisdicción constitucional orgánica y la jurisdicción constitucional transnacional.<sup>312</sup> La jurisdicción de la libertad se compone de los instrumentos para la tutela de los derechos humanos consagrados en los ordenamientos constitucionales y en los instrumentos internacionales sobre la materia que como en el caso nuestro se incorporan al orden interno mediante su reconocimiento y ubicación en el orden constitucional como derecho de fuente internacional.<sup>313</sup> En su reflexión sobre los derechos humanos que se incorporan al ordenamiento, coincidimos con Jorge Carmona cuando menciona que los tratados sobre derechos humanos constituyen una fuente internacional, al igual que los ordenamientos que, aunque no son identificados nominativamente como tales, es en virtud de que se reconoce la existencia de derechos de esa naturaleza en sus prescripciones, como es el caso de las normas sobre debido proceso inscritas en las convenciones consulares, que deben incluirse dichas normas en los derechos humanos de fuente internacional, ello además, en relación con nuestro ordenamiento constitucional (art. 1º párrafo segundo) y con motivo de la interpretación armónica en virtud de los principios de interpretación conforme y el principio *pro persona*.<sup>314</sup>

Igualmente, el maestro Héctor Fix-Zamudio se refiere al contenido del derecho constitucional procesal como aquel que “examina las diversas categorías procesales que se han incorporado, cada vez con mayor detalle a las constituciones contemporáneas, pero que se aplican a la decisión de las controversias de todas las materias y no exclusivamente las de carácter fundamental...”.<sup>315</sup> Algunas instituciones procesales que forman parte de los ordenamientos constitucionales han influido en el diseño de instrumentos

---

<sup>311</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 290, p. 89.

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>313</sup> *Ídem.*, y del mismo autor, *Las repercusiones en los ámbitos interno e internacional de la reforma constitucional mexicana sobre Derechos Humanos del 10 de junio de 2011*, en: Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, *El derecho laboral burocrático y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. Ensayos temáticos*, México, TFCA, 2013, pp. 21-44.

<sup>314</sup> Véase Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Nuevo paradigma*, México, IJ-Porrúa, 2013, en particular, pp. 45 y 46.

<sup>315</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 290, p. 120 y 121.

internacionales, lo que permitiría hablar de un “derecho internacional procesal”<sup>316</sup> y a su vez, de un derecho procesal internacional compuesto por las normas y procedimientos para resolver conflictos en el ámbito internacional, y de manera consecuente con los conceptos a que hemos aludido, de un *derecho procesal transnacional (enfocado en derechos humanos)*.

En el estudio de la defensa de la constitución es importante la idea de que el texto constitucional debe encontrarse dotado de cierta permanencia en cuanto a su contenido, pues expresa los mínimos normativos que permiten y convienen a la colectividad; este contenido fue decidido así, a través del procedimiento de su creación y las posteriores reformas. La defensa de la constitución, entonces, alude a las instituciones jurídicas que permiten mantener un *mínimum* para favorecer la vida de la comunidad; en primer lugar, la convivencia que se considera adecuada se encuentra plasmada en las disposiciones constitucionales, por lo que significa salvaguardar la representación escrita de la Constitución (su forma escrita),<sup>317</sup> una ley fundamental con elementos y carácter de norma jurídica. La existencia de una Constitución se expresa en su forma normativa en la existencia de jurisprudencia, principios y costumbres constitucionales. Existen otros elementos, como son los principios puramente materiales que considerar a efecto de incluir las diversas formas de la Constitución de un Estado. Como señalara Jorge Jellinek, la protección de la constitución significa el mantenimiento de los principios y normas

---

<sup>316</sup> El tránsito que llevó a los instrumentos procesales dispuestos en los textos constitucionales y su incorporación a los instrumentos de derechos humanos encuentra sus planteamientos iniciales en un trabajo llamado “Las garantías constitucionales del proceso civil”, *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946, pp. 153-213, véase, Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 290, p. 121, nota 301.

Además, esta consideración puede advertirse en la sección de su obra clásica Couture, Eduardo J., *op. cit.*, nota 309, cuando afirma: “Las constituciones del siglo XX han considerado con muy escasas excepciones, que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora. Estos preceptos constitucionales han llegado hasta la declaración universal de los derechos del hombre (*sic*) (...) ‘8°. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.’ ‘9°. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.’ Incumbe a la doctrina, la responsabilidad de saber qué significa en el lenguaje universal, ‘un proceso’, ‘un recurso’, ‘plena igualdad’, ‘ser oído públicamente’, etc.” pp. 151-152

<sup>317</sup> Hans Kelsen sostiene que desde el punto de vista de la teoría del derecho, la relación entre los valores (y por tanto de los juicios de valor) y las normas jurídicas se presenta por un lado como, afirma la existencia de valores de derecho que son los implicados en los juicios para designar a una conducta como jurídica o antijurídica, también llama a éstos, juicios jurídicos de valor; por otra parte, los que están contenidos en los juicios que sirven para significar que un orden jurídico es justo o no, se denominan valores de justicia. Poniendo como ejemplo a la esclavitud o a la propiedad privada, señala Kelsen que las aseveraciones sobre su justicia o injusticia, así como los valores de que se ha dotado el ordenamiento de un Estado y la representación escrita.

delineados por la Constitución, de manera que la defensa de la constitución precisa de la conservación de su validez, señala ese autor<sup>318</sup>, refiriéndose a la modificación constitucional en las constituciones rígidas.

Siguiendo a Héctor Fix-Zamudio, la defensa de la Constitución “está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para preservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, es decir, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental (...) una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre estos dos sectores, que en ocasiones pueden encontrarse muy distanciados: la Constitución formal y la Constitución material.”<sup>319</sup>

El maestro Héctor Fix-Zamudio considera que la *defensa de la Constitución* es un término genérico que agrupa dos categorías: la *protección de la Constitución* que conjunta factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica incorporados a los documentos constitucionales, con la finalidad de limitar el poder y lograr el sometimiento de sus titulares a los lineamientos establecidos en esos documentos, en lo relativo a sus atribuciones y de manera especial, con relación al respeto de los derechos humanos, se denominan igualmente instrumentos preventivos de la Constitución (división de poderes, participación de los grupos sociales en la toma de decisiones públicas, la presencia de partidos políticos, el estatuto jurídico de la oposición, la judicialización de los conflictos electorales, la regulación de los recursos económicos y financieros, los principios jurídicos de supremacía constitucional y el procedimiento dificultado de reforma).<sup>320</sup>

La otra categoría que conforma la defensa de la Constitución, corresponde a las *garantías constitucionales*, éstas comprenden los medios jurídicos preponderantemente procesales con funciones reparadoras, es decir, orientados a la reintegración de orden constitucional cuando ha sido vulnerado por los órganos del poder, ante la ineficacia de los instrumentos preventivos. Implican estas garantías constitucionales “el desarrollo dinámico de la normatividad constitucional

---

<sup>318</sup> Esta idea se estudia en la parte final de la *Teoría General del Estado* y en su pequeña obra *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. Pablo Lucas Verdú, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

<sup>319</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 290, p. 9.

<sup>320</sup> *Ibidem*, pp. 13-64, ver supra, la clasificación de los instrumentos que se señala en la nota 308.



para amoldarla a los cambios de la realidad”<sup>321</sup> y hacer efectivas las disposiciones programáticas de la Constitución.

Entre los medios de defensa o instrumentos procesales se encuentran el *habeas corpus* (que en nuestro sistema asume una de los sectores del juicio de amparo,<sup>322</sup> la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, los *ombudsmännern* (*ombudspersons*) (ver *supra* notas 308 y 320).

En la discusión sobre quién debiera ser el defensor de la Constitución, si el poder unipersonal del Presidente del Reich o la Judicatura, se desarrolló una polémica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen; el autor vienés considera que *Defensor de la Constitución* significa en su sentido originario, *ser garante de la Constitución, es decir, defenderla contra violaciones, por lo que es sinónimo de garantía de la Constitución, ya sea por acción u omisión por aquellos que deben cumplirla* (se refiere a los detentadores del poder); de manera que la violación de una ley promulgada sobre la base de la Constitución es una violación mediata, “aun cuando el carácter legal del cumplimiento sea exigido por la Constitución”<sup>323</sup>. A diferencia de la postura de Carl Schmitt, quien fue partidario del Presidente del Reich como defensor, pues se trata de una condición antigua derivada de la antigua idea <sup>324</sup>sobre la neutralidad de monarca; por su parte, el autor vienés reconoce en a la judicatura y más específicamente en un Tribunal Constitucional, como el medio adecuado para desarrollar esa tarea de legislador negativo (dejar sin efectos una disposición por contravenir la Constitución). La Constitución tiene una función política de limitar el ejercicio del poder, de manera que la introducción de garantías es una cuestión de política jurídica apoyada en el *principio de máxima juridicidad de la acción estatal*, mientras que la mejor organización de las garantías dependerá de la técnica jurídica que responda al carácter de la Constitución en cuanto a la distribución del poder, ya que las garantías pueden ser

---

<sup>321</sup> *Ídem*, p. 65.

<sup>322</sup> Felipe Tena sostiene que el amparo es un medio de protección de individuo y no un instrumento de defensa de la Constitución, véase Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 19ª. ed., México, Porrúa, p. 515; no obstante el mismo autor años antes, enuncia algunas de sus funciones del amparo como protección de la garantías de la persona, guardián del sistema federal y de la parte orgánica de la constitución cuando en ambos casos se lesiona al individuo, defensor de la correcta aplicación de la ley, en virtud del art. 14 constitucional, defensor de las garantías en materia penal que se consagran directamente en la ley fundamental y defensor del particular frente a la administración en procesos sustitutivos de los juicios contenciosos-administrativos, véase de ese autor, “La Función del amparo mexicano en la protección internacional de los derechos humanos”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM-III, p. 399 y400.

<sup>323</sup> Kelsen Hans, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, en Schmitt, Carl, y Kelsen, Hans, *Polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 2009, p. 290.

<sup>324</sup> *Ibidem*, p. 296.

de anulación del acto o de responsabilidad personal del órgano que actúa.<sup>325</sup> Kelsen advierte el cuidado que el juez constitucional debe guardar con relación a los conceptos que forman parte de la *ley suprema* y tienen una significación abierta como son: justicia, igualdad, dignidad; hay que reconocer que entre estos conceptos pueden tener cabida los derechos humanos a los que Kelsen reconoce como una expresión del iusnaturalismo. Su discusión no abarcó en lo particular a estas normas programáticas, sino se centró en la generalidad del texto constitucional.

#### **A) La interpretación constitucional y las circunstancias de una especie de “control de convencionalidad”**

En palabras de Jorge Carmona, “la interpretación constitucional es la actividad por la cual se determina el sentido de las expresiones de derecho contenidas en la Constitución en sentido formal, esto es, como documento.”<sup>326</sup> Algunos autores consideran que esta interpretación participa de los principios de la interpretación de carácter genérico, pero al mismo tiempo posee caracteres particulares que derivan de sus disposiciones, lo que ha convertido a la interpretación constitucional en un proceso técnico complejo que demanda una sensibilidad especial.<sup>327</sup>

Por su parte, en la perspectiva comparativa contemporánea de las instituciones constitucionales debe tomarse en cuenta la noción de los derechos humanos y su incorporación a dichos sistemas jurídicos, cuando esos derechos son originados en el ámbito internacional, de modo que, si la incorporación o reconocimiento produce algunas consecuencias, debe indagarse el contenido de estos derechos de manera paralela, tanto en el contexto de lo internacional como en el ámbito doméstico, así como en las relaciones que se crean entre ambos sistemas para buscar la mayor claridad y el estándar más protector.

Uno de los principios del derecho interno de mayor raigambre que es el principio de supremacía constitucional, pareciera ponerse a discusión cuando un derecho consagrado en un ordenamiento constitucional encuentra una mejor interpretación y mayor alcance en el contexto internacional, esta condición puede llevar a cierta reticencia en los operadores internos para acudir a los ordenamientos e interpretaciones supranacionales y en general a los llamados parámetros o estándares.<sup>328</sup> Al respecto, coincidimos con Jorge Carmona cuando señala que:

---

<sup>325</sup> *Ibid.*, p. 292.

<sup>326</sup> Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La Interpretación judicial constitucional*, México, UNAM-IIIJ - CNDH, 1996, p. 76

<sup>327</sup> Véase Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, “Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, en *La interpretación constitucional*, México UNAM-IIIJ, 1975, pp. 43 y 44.

<sup>328</sup> Es una reminiscencia de la idea de Jellinek de encontrar en la soberanía el tema fundamental del derecho.

“Para comprender adecuadamente el sentido y alcance del catálogo de derechos humanos previstos en el orden jurídico mexicano, no basta con señalar las fuentes o los materiales normativos de donde emana, hay que hacer referencia también al papel trascendente que desempeñan los criterios judiciales de los órganos jurisdiccionales, tanto internos como internacionales que en orden a la aplicación de tales derechos los interpretan, dándoles sentido, alcance y armonía con otros derecho de igual categoría.”<sup>329</sup> De modo que la solución a cualquier discusión que pudiera originarse en el ámbito de las autoridades jurisdiccionales, pero también administrativas, y de los organismos autónomos, debe tomar en cuenta que el concepto de Constitución se encuentra transformándose como un resultado natural de la adaptación de las normas jurídicas a las realidades que las originan, ya sea mediante una reforma o mediante otro proceso, y considerar parámetros internos e internacionales (supranacionales) que se han desarrollado sobre esos derechos.

La idea de interpretación constitucional se encuentra ligada a una noción de un control convencional por los órganos jurisdiccionales domésticos, que es motivo de una confusión. Desde cierto plano, aparenta ser, tener forma, se cree que es, pero cuando nos aproximamos al objeto, éste no existió nunca, ello ocurre con la necesidad que tienen los organismos jurisdiccionales de ser partícipes de las decisiones sobre casos de derechos humanos. En todo caso, si la convención se llamase tratado interamericano sobre derechos humanos, ¿sería igual de aceptado hablar de “control de tratadidad”, si se llamase Carta Americana sobre Derechos Humanos, o si se llamase pacto?, ¿cuál sería la denominación adecuada? Es cierto que los tratados también reciben el nombre de convenciones, y aunque la cuestión lingüística-semántica puede no ser determinante en este caso, ya que también a los tratados se les atribuye el nombre genérico de convenciones internacionales, pero más allá de la corrección técnico-jurídica, lo importante es referirnos con ese concepto al ámbito competencial de los juzgadores.

Las jurisdicciones suelen denominarse de acuerdo con la materia que de que se ocupan, jurisdicción civil, aunque verifique la aplicación de las disposiciones el código civil a los actos y determina su validez o nulidad; y los jueces laborales que aplican la ley del trabajo, aunque determina la validez por ejemplo de un procedimiento de huelga aplican ley, que es el término genérico para designar a las normas de ese orden o características, sin que se llame por ello control de la

---

<sup>329</sup> Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Algunos comentarios sobre la investigación jurídica y la educación superior en materia de derechos humanos en México,” en *Educación en Derecho Humanos*, Secretaría de relaciones Exteriores, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México- Comisión Europea, México, 2006, pp. 374 y 375.

legalidad ni se abuse del término, como ocurre actualmente con el llamado control de convencionalidad, nombre inspirado en el control de constitucionalidad.

## **B) Circunstancias y explicación de una especie de “control de convencionalidad”**

Para la solución de los conflictos que le son sometidos, el juez se allega de todos sus implementos y recursos como son las leyes, principios, instrumentos lógicos, su propia razón y su imaginación e ingenio para la tutela jurídica que lleve a la efectividad o goce de los derechos y la vigencia de valores jurídicos.<sup>330</sup>

La idea del control de convencionalidad se origina en una sentencia donde participó el juez de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006, donde se cuestionaban los siguientes asuntos:<sup>331</sup>

a) que el Estado chileno no había suprimido la ley de amnistía conocida como Decreto Ley No. 2.191 (párrafo 116 de la sentencia);

b) se señaló la necesidad de que los Estados, de acuerdo con la norma convencional internacional o el principio evidente (*allant de soi*, es decir, que cae por su peso) modifiquen su derecho interno para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas (párrafo 117 de la sentencia, en adelante sólo pondremos el número) como es el caso de la Convención;

c) las formas de adecuación de la normatividad son dos: suprimir normas y prácticas contrarias al tratado, y la expedición de normas y la adopción de prácticas para su observancia (118);

d) las leyes de amnistía contravienen la convención al crear impunidad y la ley 2.191 no puede seguir vigente siendo un obstáculo a investigaciones, que es una ley de autoamnistía y crea responsabilidad internacional (119 y 120);

e) el art. 2 de la Convención “impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición que para el ordenamiento interno permanece vigente.” (La ley llevaba 16 años sin aplicarse, 121);

f) “La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo,

<sup>330</sup> Couture, Eduardo J., *op. cit.* p. 480.

<sup>331</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Diciembre, 2008*, Costa Rica, OEA-CIDH, folleto impreso gracias a la colaboración del Ministerio de Asuntos Exteriores de Noruega, 2008, p. 32; y la sentencia del caso en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado.” (123);

*g) “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”*

Delo anterior se desprende que a idea de una especie de control de convencionalidad tuvo lugar en el contexto de la aplicación de una norma que se aplicaba en contravención con la obligación estatal de armonizar el contenido legislativo; pero lo más importante es que en el marco de la vigencia interna de normas de derechos humanos y sus interpretaciones, el juez en tanto aplicador de la ley, tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular y no aplicar una disposición que encuentren contraria, es decir, que los jueces velen porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

El párrafo 124 de esa sentencia señala quién hace control de convencionalidad: la Corte Interamericana intérprete último, no debe desconocerse la labor cuasi jurisdiccional de la Comisión Interamericana. En ese sentido, se puede afirmar que la protección interna de los derechos humanos es prioritaria y la de más importancia, es la más próxima a los destinatarios de las normas, es la que permite una mayor garantía, sus instrumentos son muchos: parámetros normativos internos, internacionales, suscritas en el ámbito internacional Art. 33 de la Convención, y “Competencia y Funciones Artículo 61. 1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. 2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50”.

Pensemos a la inversa. ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos declarar inconstitucional una norma, ley o acto del Estado mexicano producido por cualquiera de sus poderes? La respuesta es No. ¿Cuál es la razón? En razón de su competencia. ¿Qué es lo que puede hacer la Corte Interamericana respecto de una norma del derecho interno desde un reglamento hasta una disposición constitucional? La respuesta es: señalar su contravención con el tratado, porque esta Corte es, desde el ámbito competencial, el tribunal que es medio de protección u órgano competente para determinar el cumplimiento de los Estados partes, como señala el art. 64. 2 “2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.”

¿Por qué se habla entonces en el ámbito interno de un control de convencionalidad? Por una confusión sobre el contenido y concepto de la Constitución, actualmente la nuestra, integra las normas de derechos humanos que se encuentran en los tratados firmados y ratificados por los Estados Unidos Mexicanos. Antes de la reforma de 10 de junio de 2011 el Estado mexicano suscribió los tratados y los incorporó al derecho interno, por tanto, los tratados y su interpretación eran parte del derecho interno y jurídicamente, no existían razones para que las autoridades no utilizaran esos criterios de ser más favorables en sus resoluciones, pues eran derecho vigente en el territorio mexicano, vinculados por un acto soberano del Estado de someter su observancia al ámbito doméstico. Ello no significó que las autoridades no los usaran, simplemente no en la medida en que actualmente se realiza, debido a las sentencias emitidas en el ámbito de la justicia interamericana, donde principalmente tuvo auge la sentencia del Caso Radilla, dictada el 23 de noviembre de 2009, y más tarde vendrían algunas consideraciones sobre el expediente Varios 912/2010, con relación al expediente varios 489/2010 de 7 de septiembre de 2010<sup>332</sup> acerca de las obligaciones del Poder Judicial a partir de ese fallo.

La idea de un control de convencionalidad había madurado desde 2006 en que se hablaba de “una especie” de control, como se señala en el párrafo 339 de la sentencia del Caso Radilla, donde se reitera que el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio* que tome en cuenta el tratado y su interpretación.<sup>333</sup>

---

<sup>332</sup> De acuerdo con la publicación en el DOF el expediente varios 489/2010 decidió que: “Debe emitirse una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos. (...) Deberá definirse qué obligaciones concretas le resultan al Poder Judicial de la Federación y la forma de instrumentarlas.” Ver: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011)

<sup>333</sup> [http://www.tc.gob.pe/corte\\_interamericana/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.tc.gob.pe/corte_interamericana/seriec_209_esp.pdf)

La resolución del expediente varios 912/2010 fue emitida por el Pleno de la SCJN, el 14 de julio de 2011 y publicada en el DOF el 4 de octubre de 2011, acerca de las obligaciones del Poder Judicial con relación a las sentencias de la Corte, y en relación con u Control de Convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso (por los jueces competentes), se determinó por mayoría de siete votos: “que el modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse a partir de lo establecido en el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, y en los artículos 1o., 103, 105 y 133 de la Constitución Federal ( ...) en el sentido de que: 1) los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos; 2) los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y 3) las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos. Votaron en contra los señores Ministros Aguirre Anguiano, así como los señores ministros Pardo Rebolledo y Aguilar Morales por estimar que ésta no es la instancia adecuada para realizar este análisis.”<sup>334</sup>

Si alguien abiertamente preguntase si existe tal control de convencionalidad, la respuesta sería afirmativa, el control de la convencionalidad existe porque existe una instancia encargada de verificar la aplicación de un tratado como es la Convención Americana sobre derechos humanos o Pacto de San José, y la Corte Interamericana es la encargada de acuerdo a su ámbito competencial a determinar situaciones jurídicas; tal órgano jurisdiccional emite sus decisiones apoyándose en criterios previos o en otros criterios sobre la materia de los que tiene competencia.

Atendiendo a las circunstancias en que nace la idea de una *especie de control convencional*, como una vía para ayudar a los jueces nacionales en sus decisiones, apoyándose en interpretaciones y sentencias que funcionan como criterio orientadores, debe considerarse la mención de la Corte Interamericana cometió *pecata minuta* al referirse al ejercicio de un “control de convencionalidad” *ex officio* entre el derecho interno y la Convención “evidentemente en el marco de

---

<sup>334</sup> *Ibidem*.

sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.”<sup>335</sup> Por otra parte, en su búsqueda por el mayor respeto a los derechos humanos en el ámbito interno, la Corte Suprema hizo una concesión semántica y provocó que en la resolución del expediente varios fuera interiorizada esa idea y reiterada en veintitrés ocasiones y sea un concepto en boga, lo que denota una concepción extraña de la idea de Constitución y de los derechos humanos. El control de convencionalidad, suponiendo sin conceder su existencia, quedaría sepultado por una decisión del mes de septiembre de 2013.

### **C) El papel de la contradicción de Tesis 293/2011**

La resolución de la Corte en la *Contradicción de tesis 293/2011* volvió sobre el camino andado en la discusión sobre la obligatoriedad de la resolución dictada en el Caso Radilla y las implicaciones para el Estado Mexicano y concretamente para el Poder Judicial de la Federación. El 3 de septiembre de 2013, la SCJN resolvió la contradicción de tesis 293/2011, sobre los derechos humanos en los tratados y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, respecto de la contradicción de criterios sostenidos por dos tribunales colegiados, uno en materia civil que sostenía que los tratados internacionales en materia de derechos humanos, se ubicaban jerárquicamente por debajo de la Constitución; mientras un segundo tribunal, en materia administrativa, afirmaba que cuando se trate de un conflicto que verse sobre derechos humanos, los tratados o convenciones internacionales suscritos por el Estado Mexicano, deben ubicarse propiamente a nivel de la Constitución. El segundo tema se refirió a si la jurisprudencia tenía una función orientadora, o bien, si esta era obligatoria.

Una de las notas más sobresalientes de esta resolución de la Suprema Corte contraria a la determinación de un control *ex officio* de convencionalidad, es aquel que determinó: cuando la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional; lo que además, se opone a la protección más amplia, porque esta tiene como garantía el régimen estricto de restricciones a los derechos.

Por otro lado, la Suprema Corte determinó que los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano; además: sobre el tema del valor de la jurisprudencia, esta es vinculante para el Estado Mexicano con independencia de que haya sido parte en el litigio. Se señalaron tres directrices para los juzgadores:

---

<sup>335</sup> Párrafo 339 de la Sentencia del caso Radilla.



“1. Cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; 2. En todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y 3. De ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas.”<sup>336</sup>

Este criterio adverso a la Convención Americana en materia de restricciones tiene una justificación al parecer, de orden político más que jurídico, la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados de la que nuestro país es parte, señala la imposibilidad de aducir derecho interno para no aplicar un tratado. La Suprema Corte contraviene la Convención, que señala que no se podrán aducir cuestiones de derecho interno para dejar de cumplir los tratados, y pone a la Constitución en peligro de quedar a merced de reformas que expresamente limiten o menoscaben los derechos humanos. Por otro lado, esa resolución contradictoria consigo y con los criterios establecidos con anterioridad donde se había consagrado el control *ex officio* de convencionalidad.

La Corte puede corregir su interpretación, y el instrumento es la propia Constitución, en su artículo 1° que consagra el principio *pro persona* y la interpretación más amplia.

¿Y si nos preguntásemos si es consistente con el control de constitucionalidad que tiene características que le son propias? Nos referimos a que el control de convencionalidad es una ilusión porque los órganos jurisdiccionales nacionales no tienen la competencia para conocer de vulneraciones a la Convención americana, por ejemplo, puesto que sobre ésta únicamente conocen los órganos que tienen, además de jurisdicción lo que es común a las judicaturas: competencia para ello.

El ejercicio de los órganos jurisdiccionales cuando toman en cuenta la jurisprudencia interamericana para fundamentar sus fallos no es, sino adecuando su decisión a un estándar de derechos humanos o a un parámetro jurisprudencial más protector, lo mismo ocurriría con jurisprudencia emitida por los órganos de Naciones Unidas que emiten interpretaciones que tienen el carácter de jurisprudencia, aun cuando no emanen de un procedimiento contencioso, los organismos jurisdiccionales domésticos también pueden allegarse de esos criterios cuando busquen ampliar su protección de los derechos.

En realidad, el traslado del control constitucional como control convencional no es la extrapolación más afortunada, pues la Constitución escrita, o las constituciones

---

<sup>336</sup> <http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556>

escritas, se componen por una sección que se encarga del ejercicio del poder y su distribución, de hecho es la parte más extensa de sus articulados, por lo que su naturaleza no corresponde con la de un documento que consagre primordial o exclusivamente derechos humanos; las convenciones sobre derechos humanos africana, europea y americana tampoco son documentos que consagren exclusivamente derechos humanos, éstas incluyen instituciones de derecho procesal internacional enfocándose en la eficacia de los derechos humanos. La idea de del control constitucional refiere a un órgano al que se le ha confiado esta forma de verificación de validez, por lo que hablar de control significa referirse a una cualidad del órgano que resuelve controversias. Desde su ámbito competencial, la Suprema Corte resuelve conflictos de constitucionalidad, pues la Constitución engloba ese contenido de derechos humanos. La Corte Interamericana es el órgano que auténticamente efectúa un control de convencionalidad pero su competencia se apoya en el carácter complementario de su competencia respecto de las jurisdicciones locales.

Lo anterior, no obsta para que toda autoridad deba tener como límite de su actuar y como estrella polar, el respeto a la legalidad, y a la Constitución donde se incluyen los derechos humanos y allegarse del mejor estándar o criterio para el desempeño de sus funciones, recordemos nuevamente lo que señalaba la Constitución de la Ciudad Libre de Dantzig, la cual consideraba a los derechos humanos como el límite de la actividad de la administración, la judicatura y la actividad del legislador.

La aplicación de las normas de derechos humanos surgidas en un ámbito legislativo exógeno, que permite, debido a la naturaleza de las normas su aplicación en el ámbito interno y les confiere un rango constitucional nos lleva a pensar en un verdadero *concepto de constitución transnacional en cuanto a su contenido de los derechos humanos*; ello no entra en conflicto con la supremacía constitucional, puesto que esas normas tienen el lugar más alto del ordenamiento, un nivel constitucional. Sería posible emprender la búsqueda para localizar cada una de las partes que integran el todo constitucional y los derechos contenidos en los tratados conforman las piezas de ese todo. Lo que obtendremos será una imagen que se podría ir agrandando cuando hay reformas constitucionales o nuevos tratados sobre derechos humanos y sus interpretaciones que amplíen el contenido de los derechos. No se trata de una idea del todo carezca de sentido, pero consideramos que en la solución de problemas sobre la aplicación, inaplicación o quebrantamiento de normas protectoras de los derechos humanos, las soluciones pueden buscarse el mencionado principio *pro persona*, en el carácter progresivo de los derechos humanos y en la razonabilidad de los jueces, así como la interpretación conforme y la interpretación conforme orientada a los

derechos fundamentales o interpretación sistemática, respectivamente: *verfassungskonforme Auslegung* y la *verfassungsorientierte Auslegung*.

La interpretación conforme a la Constitución, *verfassungskonforme Auslegung*, *verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen (des Richters)*<sup>337</sup> o simplemente interpretación es un procedimiento de interpretación de la doctrina alemán mediante el cual, las disposiciones legislativas impugnadas son declaradas por el órgano de control constitucional como inconstitucionales, pero esta inconstitucionalidad es “una especie de anulación parcial”<sup>338</sup>, o cierta nulidad relativa o anulabilidad, lo que conlleva a que las autoridades administrativas o los tribunales, aplique el ordenamiento respectivo de acuerdo con el criterio interpretativo del órgano de control constitucional. La utilidad de ese criterio es doble pues permite además que el órgano legislativo tenga una orientación en la expedición de las reformas necesarias para evitar en el futuro que se declare la nulidad. La interpretación conforme, funge entonces como una especie de control constitucional de las leyes (*Normenkontrolle*) preventivo y no definitivo que facilita la interpretación armónica de la legislación con la Constitución.

Acerca de la *verfassungsorientierte Auslegung*, *interpretación constitucional sistemática o interpretación sistemática orientada a los derechos fundamentales*, tuvimos acceso a la versión electrónica de la presentación hecha por Jesús – María Silva Sánchez, al libro del autor alemán Lothar Kuhlen donde se aclara que: “Una interpretación orientada a la Constitución es la que, en el marco del propio proceso interpretativo, aboga por aquellos resultados que, desde el punto de vista constitucional, resulten preferibles a otros. (...) La interpretación conforme a la Constitución constituye, a juicio de Kuhlen, una opción intermedia entre la declaración de inconstitucionalidad de un texto y la defensa de una interpretación de éste orientada a la Constitución.”<sup>339</sup> Este procedimiento favorece la conservación o sostenimiento de una norma conforme a la Constitución (*verfassungskonforme Normenhaltung*), así como una visión *unitaria del ordenamiento*.

---

<sup>337</sup> Ver la referencia al I obra de Volker, Haak, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzauslegung des Richters*, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1963, pp. 184-213; y a las obras de Hesse, Konrad, *Grundzüge des Vefassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 16ª. ed., Heildelberg, C.F. Müller Juristische Verlag, 1988, pp. 29-32; y *Escritos de derecho constitucional* (Selección), trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 53-57 en Fix-Zamudio, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, Consejo de la Judicatura Federal, no. 8, 2001, p. 136, disponible en línea en: [http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/8/8\\_5.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/8/8_5.pdf)

<sup>338</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Tribunales Constitucionales y Derechos Humanos*, México, Porrúa, 1985, p. 70.

<sup>339</sup> Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, trad. de Nuria pastor Muñoz, Madrid, marcial Pons, 2012, p. 14, ver este fragmento en: <https://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497689533.pdf>

Desde esta perspectiva, los derechos humanos tanto los que forman parte del propio texto de la ley fundamental, como aquellos contenidos en los tratados, deben considerarse como parte de una unidad constitucional e integrando su sección dogmática. La noción de control constitucional en sentido amplio, se apoya en la interpretación conforme para determinar el alcance de las normas y que éstas se encuentren orientadas hacia esos derechos, o sea, a la Constitución; la interpretación conforme puede apoyarse de algunos criterios interpretativos de los derechos humanos.

Los derechos humanos de la Constitución y a los derivados de los tratados, ¿pueden entenderse cómo una duplicidad de derechos cuando se refieren a la misma materia? ¿Qué ocurre cuando, como nos consta, ambos se enuncian en normas que son derecho positivo, derecho vigente en el orden nacional y de muchos países? Una de las dificultades para entender el funcionamiento y aplicación de los derechos puede residir quizá en que la decisión sobre la interpretación de los derechos cambie de figura, es decir, que no sea un Corte constitucional quien interprete los derechos. Pero atendiendo, por ejemplo a que los tratados que los generaron fueron desarrollados en algún procedimiento internacional, ¿sería posible trasladarnos a un ámbito internacional para lograr una interpretación más fidedigna? Si pensásemos de esa forma, estaríamos restando importancia a los derechos y poniéndola en sus intérpretes. Si la doctrina ha considerado que la Constitución requiere una interpretación más compleja que las demás leyes de un ordenamiento, lo que implica una “especial sensibilidad”, este fenómeno de la incorporación y colaboración de regímenes es la oportunidad para que pueda ponerse en práctica. El significado de esa especial sensibilidad implica pensar en los derechos humanos desde su finalidad protectora del y de los seres humanos, es decir, como instrumentos de protección o salvaguarda de una determinada circunstancia, valor o bien del ser humano o de los seres humanos, pues algunos derechos solo se entienden desde una perspectiva colectiva.

Nos hemos referido al uso de construcciones doctrinales para explicar al derecho, e incluso, a que el concepto de realidad o existencia pueda pensarse de acuerdo a un contexto determinado. Una de las más importantes construcciones ha sido la norma hipotética fundamental, que es ficta y se apoya en una suposición, un tratamiento de *como si existiera*, permitiéndole apoyar durante todo el siglo xx a la *Teoría pura del derecho*.

Lo que pretendemos es que, partiendo de la finalidad de los derechos humanos que es la mayor protección de la persona, éstos sean tomados por sus intérpretes *como si* fuesen una unidad, de modo que los derivados de los tratados fuesen una extensión del texto constitucional (en otras tradiciones jurídicas la constitución se encuentra descompuesta en distintas normatividades y no se cuestiona ni su

legitimidad, ni su fuerza normativa), ello implica tratarlos tal *como si* éstos se separasen de sus textos normativos y se integrasen a la Constitución; esta adquiere el significado de una unidad de sentido, el cual consiste en el ejercicio de los derechos humanos y en una función de orden, permitiendo que estos derechos se integren eficazmente a la vida de cada ser humano, permeen por todo el ordenamiento y se encuentren presentes en todos los actos de su vida. Ello comenzará si los conflictos (no mencionados pero evidentes) por su interpretación definitiva finalizan y el debate se traslada a su interpretación y aplicación más protectora; animados por esa finalidad, hemos estudiado algunos aspectos relacionados con sus fuentes, las cuales se ubican en el derecho constitucional, las cuales han ido nutriéndose con diversos elementos, lo que lleva a considerar que sin importar su origen, el juzgador puede utilizarlos porque pertenecen al derecho vigente.

Cuando no referimos a que sean vistos como una incorporación, esta no es una ficción, la reforma al artículo 1º constitucional tuvo ese efecto, pues traslada o extrae a los derechos de los tratados de derechos humanos y aun de los que no son calificados dentro de ese ámbito, pero que tienen esa naturaleza, y los pone en un contexto constitucional; ello implica además, diferenciar la norma y la disposición legal en que se contienen, por ejemplo, acerca del derecho a la vida, la norma señala: el ser humano tiene derecho a que su vida sea respetada, mientras que la disposición que la contiene puede ser el: Artículo 3 de la Declaración Universal “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”; así como, el art. 29 constitucional, que señala que no podrá suspenderse la prohibición de la pena de muerte. O el numeral 1 de la Convención Americana señala: “Artículo 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.” Así, si buscásemos la protección más amplia, el juzgador y en general los intérpretes, deben mirar al ámbito más protector. En este caso, la protección más amplia se obtiene del texto constitucional, pues en los textos internacionales, con excepción de la Declaración universal, el respeto o el derecho a la protección de la vida encuentra algunas excepciones.

La idea de estimar a los derechos de los tratados como si se extrajesen de la disposición que los contiene y se aplicasen a un contexto que busque su mayor protección, se apoya en el artículo 1o. enuncia: “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”. Nos hemos referido a la accesibilidad de los derechos como un principio, debemos además, considerar que éstos derechos *tienden a su eficiencia*; así como la progresividad es una

forma de límite o parámetro que permite una protección cada vez más amplia, los derechos humanos deben pensarse en cuanto a su ejercicio e interpretación más eficiente, con independencia del órgano que la emite.

### **Conclusiones**

Primera.- El fenómeno denominado derechos humanos puede estudiarse desde algunas perspectivas o enfoques, los cuales nos acercarán a algunos complejos aspectos de esa realidad tan extensa que envuelve a los derechos humanos: enfoque histórico, enfoque sistemático jurídico y enfoque filosófico. Esas perspectivas para el estudio de los derechos humanos son complementarias e interrelacionadas, no se pueden entender de manera separada pues cada una describe un sector elemental de esos derechos. Dichos enfoques no son exhaustivos, más bien comprenden elementos para un enfoque multi e interdisciplinario.

Segunda.- El enfoque histórico, se apoya en un orden cronológico de las expresiones positivas de los derechos humanos, así como en un aspecto cualitativo y cuantitativo de los acontecimientos; en este enfoque, lo histórico es entendido como un proceso o devenir por el que se construye el presente y el porvenir, y se apoya en la historiografía. Desde esta perspectiva, la constitucionalización de derecho internacional y la internacionalización de las constituciones se identifican con una idea cíclica del derecho constitucional y de los derechos humanos.

La perspectiva histórica permite conocer cómo existen procesos de transformación política que actúan gracias a la adaptación de ciertas normas procedentes de otras latitudes que se actualizan a las diferentes realidades. Los acontecimientos constitucional e históricamente significativos para la historia de los derechos humanos se clasifican en: unilaterales cuando emanaron de una voluntad o son arrancados de un detentador del poder, por ejemplo, los procesos revolucionarios, declaraciones americanas o la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; mientras que, son bilaterales cuando tienen tras de sí un proceso convencional o concesión, por ejemplo, la Declaración Universal, los pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos y sociales; en ambos casos se trata de un proceso internacionalización debida a la influencia exógena de una institución, a través de un trasplante, en este movimiento es importante la labor legislativa, académica, así como de otros operadores jurídicos. Este movimiento puede darse hacia el exterior, influyendo en un sistema jurídico extranjero o en un orden supranacional.

Tercera.- Dentro del enfoque histórico, también resulta de importancia conocer que las normas jurídicas en su devenir, son reflejo de las necesidades o

requerimientos de las sociedades; así, los derechos humanos pueden consagrarse o estatuirse para satisfacer las necesidades de una colectividad, en ese orden de ideas, pueden ser entendidas las satisfacciones de éstas, como el *telos* de la norma jurídica.

Cuarta.- En un sentido cronológico, en de los antecedentes “positivos” de los derechos humanos se reconocen: 1. Antecedentes remotos: Proclamación de Ciro el Grande (el Cilindro de Ciro); 2. Antecedentes “medievales” no europeos (el Pacto de los Virtuosos Hilf al-fudul, y Carta del Mandén, proclamada en Kurakán Fuga (hoy frontera de Guinea y Mali) por Soundjata Keïta, soberano y fundador del imperio de Mali; 3. Antecedentes medievales europeos, Carta de Juan Sin Tierra de 1215, los antecedentes forales (Navarra, Aragón, Cataluña y Valencia) y las cartas de población; 4. Expresiones modernas: Petición de Derechos (1628), el Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts (1641), el Acta de Hábeas Corpus (1679), y Declaración de derechos (inglesa) de 1689, los procesos revolucionarios y declaraciones Virginia (1776) y francesa (1789), y las constituciones de los siglos XVIII y XIX; 5. Los derechos humanos en las constituciones contemporáneas y el proceso de la Declaración Universal y los procesos de los pactos de derechos civiles y políticos y económicos; el derecho de refugiados y derecho humanitario (constitucionalización del derecho internacional); 6. La formación de los sistemas regionales de protección (Europa, América y África), la especialización o diversificación material de los tratados de derechos humanos y la formación del sistema universal (órganos de los tratados), tanto como la producción de precedentes y normas de *soft law* en los sistemas regionales y de Naciones Unidas; se podrían incluir además, los estándares surgidos de la sociedad civil con reconocimiento por alguna instancia como la mencionada organización; por último, el paulatino reconocimiento de los derechos humanos como un derecho común.

Quinta.- El enfoque filosófico implica pensar esas realidades que denominamos derecho humanos para conocer su naturaleza, sus implicaciones, y contrastar si corresponden con alguna postura ética o política; referirnos a su estatuto ontológico implica responder a la pregunta qué son; asimismo, pensar filosóficamente a los derechos humanos nos conduciría a determinar si corresponden con la idea que los anima, no exclusivamente en un sentido especulativo, sino relacionado con la praxis; la filosofía tiene un componente especulativo y otro práctico. Una posible repuesta a cuál es la naturaleza de los derechos humanos, nos traslada a conocer la idea que los fundamenta reconociéndose al iusnaturalismo y a la dignidad humana como dos de las nociones fundamentales para ese propósito.

Sexta.- La idea de que existe un *derecho natural* correspondiente con el orden natural o físico que prevalece sobre el derecho creado por el hombre, y que ese orden es correspondiente o se explica con una idea de justicia históricamente determinada, y por tanto, el orden jurídico es justo por derivar del natural, se suele considerar como el sustento de los derechos humanos.

Séptima.- La idea de un derecho natural que encontramos más congruente con los derechos humanos es la expuesta por el iusnaturalismo de los sofistas, como Hipias de Elis (Elea), que se ha calificado como un iusnaturalismo cosmopolita y humanitario que reconocía la hermandad fundada en la igualdad humana; esa noción de igualdad continuó por el sofista Antifón, quien reconocía igualdad entre helenos y bárbaros, esa igualdad jurídica derivada de la igualdad biológica es congruente con los derechos humanos. Una postura similar sobre esa noción de la igualdad se presenta en Rousseau; vendrán otros iusnaturalismos como el de Locke, apoyando los derechos y la propiedad, o Hobbes, con el fin de la conservación y la paz; en un sentido muy aproximado, Samuel Puffendorf postula la conservación del ser humano en un ambiente de paz, seguridad e independencia.

Octava.- Se han desarrollado otros planteamientos que parten de posiciones teológicas como la de San Agustín, tomada por Santo Tomás, acerca de lo justo y legítimo como derivado de la *ley eterna*, los cuales ubican a los actos humanos, y los califican como justos cuando se arreglan con la recta razón; mientras que las leyes humanas son verdaderas cuando derivan de la *ley natural*, y si algo no está de acuerdo con ella no es ley ni es justa. En otras tradiciones religiosas como el Islam, se encuentran posturas sobre la pervivencia de una ley natural encima de las normas, el Corán o los hechos y dichos del profeta Mahoma (sunna), esa teoría fue expuesta en el siglo XII por el filósofo y jurisconsulto Averroes, y transmitidas a su contemporáneo coetáneo el filósofo judío Maimónides (judío).

Otra postura en el ámbito de lo teológico y dirigida a los derechos humanos fue la expresada en las contundentes las ideas del concilio Vaticano II (1962-1965) acerca de la universalización de la idea del bien común, atribuyendo a cada organización social el deber considerar las necesidades y aspiraciones del ser humano, su dignidad, el respeto e igualdad de la persona, la justicia y la paz sociales e internacionales, y la urgencia de la protección “por todas partes” de los derechos fundamentales; en esa reunión eclesíástica se planteó la necesidad de superar la ética individualista, impulsando la participación de los sujetos en la vida social, de manera responsable y libre; se desprende cómo los derechos humanos se concibieron entonces como expresión del bien común.



Novena.- Se deben considerar otras posiciones que se desligan en cierto grado de un fundamento teocrático, para situarse en el terreno de la razón; la noción de ley natural de Cicerón es un ejemplo y la entiende como aquella que es congruente con la recta razón, cuyas prescripciones nos acercan al bien y la cual no es lícito tratar de modificarla; esa postura contrasta con el racionalismo de Hugo Grocio para quien el derecho natural es dictado de la recta razón que indica que alguna acción, por su conformidad o disconformidad con la naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente, está prohibida o mandada por Dios. Por otro lado, desde una postura laica, Fernando Vázquez de Menchaca señala que el derecho positivo dimana del natural, y que el hombre posee derechos naturales *quasi inmutabilia* que deben asegurarle su aspiración a la felicidad, éstos comprenden la libertad natural y la igualdad de todos los hombres.

Se puede mencionar además a Rudolf Stammler quien niega en las normas, la posibilidad *a priori* de un contenido determinado, y reconoce un error de los juristas, las investigaciones sobre un contenido inmutable en vez de buscar un contenido teóricamente justo: *un derecho natural de contenido variable*.

Décima.- Otra noción fundamental relativa a los derechos humanos se encuentra en la idea de dignidad humana, la cual identificamos como el *minimum* que existe en las relaciones entre los sujetos, y en su sentido más elemental, implica un reconocimiento de la propia humanidad (del sujeto en sí mismo o en otro sujeto, el sujeto o sujetos de una relación); el reconocimiento de esa humanidad significa la atribución de un valor, en tanto individuo como formando parte de una comunidad (humanidad). La dignidad humana es recogida por diversos instrumentos de derechos humanos atribuyéndole caracteres diversos, principalmente: como elemento base de los valores de paz, justicia y libertad y como el origen de esos derechos; como un elemento de la personalidad humana; como un estadio o condición de los seres humanos.

Décimo primera.- El enfoque sistemático jurídico se apoya en una idea sobre el derecho, así como en el lugar y papel que cumplen los derechos humanos en el derecho y su aparato dogmático. En el enfoque sistemático jurídico los derechos humanos no pueden ser vistos como una idea en sí misma, sino orientada hacia los objetivos o fines. En ese enfoque los derechos humanos reafirman su papel positivo y exigible, interpretables, a través de ese enfoque adquieren esos derechos una significación de derecho subjetivo, la cual puede abarcar un aspecto individual como colectivo; en nuestro país, los derechos humanos se incluyeron en la noción de garantías, una idea predominante en el pensamiento constitucional en nuestro país, a lo largo del siglo XX, durante ese lapso, los doctrinarios del derecho intentaron que el derecho de los derechos humanos traspasara de una expectativa jurídica o *lex ferenda* hacia la adquisición del carácter de *lex lata*.

Décimo segunda.- A partir de algunos enfoques, se proponen los siguientes conceptos de los derechos humanos:

Teleológico: los derechos humanos se entienden como aquellas condiciones objetivas de posibilidad para una vida feliz, tanto de individuos como de sus respectivas colectividades, o al menos integrando un sector importante de ellas.

Axiológico: los derechos humanos constituyen manifestación jurídica de libertad, justicia, igualdad, la dignidad, que manera individual y colectiva, conforman el límite racional a la actividad de los poderes públicos y privados.

Sistemático jurídico: son los derechos subjetivos con la máxima jerarquía en el ámbito interno e internacional, oponibles al Estado, a corporaciones u organismos públicos, privados, e individuos y encuentran dotados de progresividad y accesibilidad.

Filosófico político: constituyen el conjunto de expresiones normativas del concepto de lo humano, con validez en el orden interno e internacional y pretensión de universalidad y eficiencia.

Décimo tercera.- Un acercamiento *multidisciplinario* a los derecho humanos es aquel en el cual se incluyen varias disciplinas para entender a los derechos humanos es posible tomando en cuenta las diversas vertientes de éstos, para lo cual conviene definir que la reunión de una serie de disciplinas entorno a un objeto determinado o hacia diversas partes de un objeto del conocimiento, constituye; la diversidad de saberes estableciendo relaciones recíprocas, pero manteniendo su unidad como disciplina y buscando unidad sobre el objeto o método constituye un enfoque *interdisciplinario*. En tanto que un saber *transdisciplinario* sobrepasaría los niveles de cada disciplina o saber especializados para construir un saber superior al existente, lo que llevaría al surgimiento de una nueva disciplina. No se vislumbra en el cercano plazo, una nueva área del conocimiento llamado ciencia de los derechos humanos; una visión que abarque diversas disciplinas las cuales, dialogando, encuentren respuestas para resolver los problemas de eficacia de los derechos humanos.

Décimo cuarta.- Se ha reconocido la existencia de un “enfoque de derechos” el cual busca poner énfasis en dos cuestiones esenciales: el alcance de determinado o determinados derechos humanos; y por otro lado, en la titularidad de los derechos y en los correlativos deberes de vigilancia, respeto, cumplimiento e implementación a cargo de las entidades estatales y de los individuos o entidades privadas cuando sustituyen al Estado en la prestación de un servicio que originalmente le corresponde al primero.

Décimo quinta.- El derecho de los derechos humanos se ha ido perfilando hacia su consolidación no como una disciplina científica, su origen y profundos vínculos con el derecho constitucional, hacen que se considere por algunos tratadistas como una rama del derecho con plena autonomía. Esta división tiene un mero valor pedagógico y puede señalarse que sus normas han alcanzado un significativo nivel de especialización, lo que se denomina autonomía material o legislativa, pues sus expresiones existen en una variedad de normas de distintos órdenes, como es el constitucional. Desde ese punto de vista, el fenómeno que se presenta en torno al derecho de los derechos humanos se acerca a diversas expresiones de autonomía como cada rama o área del derecho, estas expresiones son: mencionarse la autonomía jurisdiccional porque existen tribunales que conocen de conflictos sobre derechos humanos y puede incluirse además a los *ombudsmänn* especializados en proveer soluciones cuasi jurisdiccionales, así como otros mecanismos especiales surgidos a partir de las normas de distintas jerarquías y en el orden internacional, tratados de derechos humanos, en su conjunto, significan la autonomía legislativa de los derechos humanos.

Décimo sexta.- En relación con la anterior idea, los derechos humanos cuentan además con autonomía doctrinal porque existe un desarrollo acerca de su dogmática y relativo a su ámbito adjetivo, tanto en el nivel interno como supranacional. Este desarrollo doctrinal viene acompañado por elementos relativos a su metodología, abarcando la interpretación de los derechos humanos, su exigibilidad y forma de enseñanza.

Décimo séptima.- La cuestión didáctica que atañe a los derechos humanos reviste gran importancia para logra su eficacia, pues involucra a todos los operadores del derecho, profesores, en general a todos los funcionarios públicos, destinatarios; su flexibilidad permite elaborar didácticas concebidas desde distintos niveles educativo; en ese ámbito, el método de casos puede resultar útil en la enseñanza universitaria, pero siempre que la parte teórica o dogmática mantenga igual importancia. Desde otro ángulo, la enseñanza de los derechos humanos constituye al final una forma de hacer más profundo el sentimiento de los derechos humanos y por tanto, el sentimiento de la Constitución, e cual se vincula con la accesibilidad de los mismos.

La enseñanza didactizada de los derechos humanos cumple un papel elemental en cuanto a la pretendida y reiterada universalidad que se atribuye a esos derechos humanos, los fortalece y a la Constitución, puesto que conducirá a que los operadores tengan una mayor preparación en la materia, logrando como resultado interpretaciones progresivas, amplias y mejor desarrolladas, apoyadas en diversos criterios emanados dentro y fuera del orden interno. La enseñanza de los derechos humanos comienza con la Constitución.

Décimo octava.- Los derechos humanos no suponen una controversia entre su sustrato internacional y el local, como tampoco la sustitución de un orden por otro, como sería el caso del orden Constitucional ante los tratados, no existe un conflicto derecho interno frente al derecho internacional, pues la protección más amplia y verdaderamente efectiva se encuentra en el ordenamiento interno que tiene a la Constitución como la Norma suprema; los mecanismos internos son una vía más accesible para garantizar la vivencia de los derechos humanos.

Décimo novena.-La progresividad y universalidad de estos derechos se relaciona con una forma de accesibilidad de los derechos humanos, la cual debe ser, a la par de la indivisibilidad y la interdependencia, una característica fundamental que se debe promover.

Vigésima.- La Defensa de la Constitución es el concepto por el que se definen los mecanismos tendientes a la efectividad de la ley fundamental, se clasifica de acuerdo con los sectores de que se ocupa: orgánico, de la libertad y transnacional; la defensa de la Constitución se orienta a la conservación de su validez, procurando el acercamiento entre las expresiones formal y material de la norma fundamental.

La defensa de la constitución incluye dos categorías: *primera*, la protección de la Constitución y desarrolla una función preventiva que agrupa a la división de poderes, la participación de los grupos sociales en la toma de decisiones públicas, la presencia de partidos políticos, el estatuto jurídico de la oposición, la judicialización de los conflictos electorales, la regulación de los recursos económicos y financieros, los principios jurídicos de supremacía constitucional y el procedimiento dificultado de reforma. La *segunda* categoría se refiere a las garantías constitucionales, y se conforma por instrumentos preponderantemente procesales que tienen por fin la reintegración de orden constitucional como el *hábeas corpus* (que en nuestro sistema asume una de los sectores del juicio de amparo), la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, la actividad de los *ombudsmänner* (pl. de *ombudsman* hoy conocidos en razón del titular de esas instituciones como *ombudspersons*).

Vigésimo primera.- El Poder Judicial de la Federación se ha ocupado por esclarecer la condición de los tratados en el orden interno y particularmente lo relativo a los derechos humanos contenidos en ellos y reconocidos con rango constitucional, desarrollando algunas consideraciones sobre el papel de éstos en su actividad; en relación con las sentencias dictadas contra el Estado Mexicano, y tomando como referencia una analogía elaborada en una sentencia de la Corte Interamericana sobre “una especie de control de convencionalidad” que aquel se refería a facilitar la función del Poder Judicial en la solución de controversias, en

razón de que las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no resultasen mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

La Suprema Corte, a partir de la sentencia del Caso Radilla, dictada el 23 de noviembre de 2009, elaboraría algunas consideraciones sobre el expediente Varios 912/2010, con relación al expediente varios 489/2010 de 7 de septiembre de 2010, en referencia a una opinión consultiva sobre su papel en la ejecución de la sentencia de ese caso decidiendo: 1) los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos; 2) los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, y 3) las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos. Esa resolución fue emitida por el Pleno de la SCJN, el 14 de julio de 2011 y publicada el 4 de octubre de 2011 (constituyendo lo que denominaron un control de convencionalidad y constitucionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso).

A pesar de la ambigüedad y de la confusión sobre un “control de convencionalidad” realizado por la Suprema Corte, cuando existe un control de esa naturaleza pero elaborado por la Corte Interamericana, en razón de su competencia, la decisión de la Corte Suprema era razonablemente aceptable (aun tomando en cuenta su confusión, pues la Suprema Corte únicamente puede efectuar un control en materia de constitucionalidad). Sin embargo, el 3 de septiembre de 2013, la SCJN resolvió la contradicción de tesis 293/2011, sobre los derechos humanos en los tratados y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, respecto de la contradicción de criterios sostenidos por dos tribunales colegiados; cuando la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. Las implicaciones de esa contradicción de tesis son importantes, pues es posible que se elaboren reformas constitucionales restrictivas de los derechos que limiten su ejercicio en contra de su espíritu; en suma, esa decisión es opuesta al texto constitucional, al principio *pro persona* y a los derechos humanos en general y resulta contraria a la resolución del expediente Varios 912/2010, además, es contraria a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (art. 27) que

fue ratificada por México el 5 de julio de 1974 y publicada en el DOF el 14 de febrero de 1975) donde se señala la imposibilidad de aducir derecho interno para no aplicar un tratado como lo es la Convención Americana.

Vigésimo segunda.- La actividad de los órganos jurisdiccionales, para funcionar más eficientemente en su labor de verificar la eficacia de la Constitución y de su contenido en derechos humanos, debe considerar el principio *pro persona*, el carácter progresivo de los derechos (suplementada con los estándares más amplios), razonabilidad y apoyarse en una interpretación sistemática y orientada a los derechos.

La Constitución debe entenderse como una unidad de sentido, el cual consiste en el ejercicio de los derechos humanos y en una función de orden, así, para que éstos se integren eficazmente a la vida de cada ser humano, permeen por todo el ordenamiento y se encuentren presentes en todos los actos de su vida, se requiere que los conflictos no dichos pero evidentes por su interpretación definitiva terminen y se discuta por los intérpretes definitivos, cuál puede ser la interpretación y aplicación más protectora del individuo y sus derechos humanos.

El artículo 1º constitucional permite considerar a la mayor protección de la persona como una finalidad de los derechos humanos, ello supone que sean considerados por sus intérpretes como una unidad que incluya los derechos derivados de los tratados de modo actúen como una extensión del texto constitucional, tal como si éstos se separasen de sus textos normativos y se integrasen a la Constitución. Hicimos mención de la accesibilidad de los derechos humanos como principio, pero podemos considerar que éstos también *tienden a su eficiencia* con independencia de la instancia emisora, es decir, los derechos humanos deben pensarse en cuanto a su ejercicio e interpretación más eficiente, con independencia del órgano que la emite, sea un tribunal constitucional o una corte de derechos humanos que resuelva de manera complementaria.

## **Capítulo Cuarto. El derecho humano a la libertad de expresión y sus restricciones**

SUMARIO: I. Acercamiento a la libertad de expresión. A) Las ideas principales sobre el contenido de la libertad de expresión. B) El pensamiento y la expresión. C) Referencias doctrinales sobre la libertad de expresión. II. La libertad de expresión y sus limitaciones. A) La actualidad de los primeros trazos: limitaciones en la Declaración francesa. B) Antecedentes en planes y textos constitucionales de México. C) Extensión y límites constitucionales contemporáneos. i. El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, IFAI. ii. La suspensión y restricción de derechos en el art. 29 constitucional (estado de excepción). iii. Restricción constitucional a la información para promoción personal. iv. El criterio de proporcionalidad. v) El amplio parámetro interpretativo de la Ley Federal de Transparencia. vi. La limitación al acceso a la información impuesta como reserva y confidencialidad legales. D) Mención de los ámbitos recogidos en las leyes, en relación con la libertad de expresión. III. Restricciones a la libertad de expresión en el derecho de fuente externa. A) Las restricciones a los derechos de acuerdo con algunos criterios del Comité de Derechos Humanos de ONU. B) Obligaciones del Estado. C) Limitaciones a los derechos de acuerdo con la práctica latinoamericana. i. La Opinión Consultiva OC-6/86 y el sentido del concepto “ley”. ii. La Opinión Consultiva OC-5/85 sobre la legalidad formal y material. iii. Algunos rasgos de la jurisprudencia interamericana sobre libertad de expresión. iv. Otros estándares en materia de libertad de expresión y acceso a la información. a. Limitaciones en la Declaración de principios sobre libertad de expresión. b. Limitaciones a los derechos en los Principios de Lima. v. Algunos estándares provenientes de la sociedad civil elaborados con la participación de académicos y funcionarios internacionales. a. Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información. b. Declaración de Atlanta y Plan de Acción para el Derecho de acceso a la información. c. Principios de Camden sobre la Libertad de expresión y la igualdad. d. Principios de Tshwane sobre Seguridad Nacional y Derecho a la Información. Conclusiones.

### **I. Acercamiento a la libertad de expresión**

Las manifestaciones de la libertad de expresión alcanzan prácticamente cada aspecto de la actividad humana; tradicionalmente, se le ha reconocido una naturaleza dual, es decir, que es integrado por la libertad de expresión y el acceso a la acceso a información; la libertad de expresión tiene una connotación más amplia y aperturista que el acceso a la información, y permite la interrelación con otros derechos como son el derecho a la educación, como parte de derecho a la cultura o al patrimonio cultural de la humanidad, el derecho al desarrollo, y por ende, el derecho a un mejor nivel de vida, ello en ningún sentido implica la ruptura o cambio de paradigmas, sino su interpretación más amplia, en razón de las características de los derechos humanos: universalidad, interrelación y progresividad.

La libertad de expresión forma parte del grupo de derechos subjetivos públicos llamados derechos humanos, por tanto, tiene el mayor nivel jerárquico que existe en el orden jurídico, por lo que nos remitimos a las ideas desarrolladas acerca de

la unidad del derecho, particularmente en torno al derecho público y la universalidad de los derechos humanos como categoría que se desarrolla y construye en diversos ámbitos, y se conoce como el derecho de los derechos humanos, el cual para su estudio, se ha dividido tomando en cuenta el sitio donde se originan estos parámetros normativos, es decir, las fuentes interna y externa o internacional; las relaciones entre estándares se favorecen apoyadas en la progresividad, que caracteriza a los derechos humanos, la cual supone el avance y desarrollo paulatino hacia un nivel cada vez más amplio y protector. El límite más claro que encuentra la progresividad, radica precisamente en el aseguramiento de los derechos humanos en el nivel de igualdad más amplio, resultaría contradictorio considerar el desarrollo progresivo de algunos derechos y el detrimento de otros, o bien una gran amplitud y protección de cierto derecho en favor de unas personas, mas no de otras. El tema de la progresividad de los derechos humanos adquiere relevancia en situaciones donde materialmente es imposible su ejercicio, como ocurre con los derechos económicos sociales y culturales, los cuales implican una prestación; pues, si bien las condiciones económicas de un Estado, que es el principal obligado a su aseguramiento, no son favorables o imposibilitan el ejercicio o satisfacción de un derecho, sí es posible tener presente en todo momento el mejor nivel del cumplimiento de esos derechos, pues las obligaciones del Estado en esta materia son irrenunciables.

El derecho humano a la libertad de expresión no se ha caracterizado precisamente como un derecho que implique una prestación, como en el caso de los derechos sociales, sin embargo, tiene una dimensión e implicaciones sociales y culturales que deben tenerse presentes. A partir de las interpretaciones más actuales de este derecho y de los alcances plasmados en algunos textos como en la mencionada reforma del 7 de febrero de 2014 al artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se han reconocido importantes implicaciones sociales vinculadas con el derecho a la información, en primer lugar, se reconoce el derecho a que el Estado garantice: “el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.”

Esta disposición se complementa con la fracción I del recientemente reformado artículo, que señala: “B. En materia de radiodifusión y telecomunicaciones:

- I. El Estado garantizará a la población su integración a la sociedad de la información y el conocimiento, mediante una política de inclusión digital universal con metas anuales y sexenales.”



Ambos preceptos son elementos de una misma disposición programática, con retos e implicaciones económicas enormes, así como grandes brechas sociales que traspasar: el acceso a la educación, a los servicios básicos, a electricidad, el monolingüismo indígena en diversas regiones del país, a equipos de cómputo, de telefonía, la falta de capacitadores, el mantenimiento permanente, la actualización de los programas de cómputo que tienen costosas licencias, entre muchos aspectos que se pueden considerar.

Los temas imbricados con el acceso a las tecnologías de la comunicación y la información tienen un alto grado de complejidad, que hacen difícil que la consagración en una norma constitucional por ese simple hecho, sea considerado como cumplido eficazmente un derecho. Las tareas son muchas y corresponde al Estado hacer lo que se encuentre en sus manos por llevarlas a cabo, por ejemplo, en tanto sean servicios que no preste directamente, éste debe asegurarse que las empresas que los venden o prestan, lo hagan de manera responsable, de calidad, y razonablemente accesible. En nuestro país, el derecho a formar parte de la sociedad de la información tiene un costo económico, el papel del gobierno, representando al Estado, se limita a regular que exista una competencia efectiva.<sup>340</sup>

### **A) Las ideas principales sobre el contenido de la libertad de expresión**

La extensión del derecho a la libertad de expresión se desarrolla principalmente en dos sentidos, como adelantamos; en primer término, se encuentran aquellas posturas sobre el derecho a la libertad de expresión como la unión del derecho a la manifestación de las ideas, pensamientos, opiniones u otras informaciones, y se

---

<sup>340</sup> Por ejemplo, en el Reporte mundial sobre tecnologías de la información: Bilbao-Osorio, Beñat; Dutta, Soumitra y Lanvin, Bruno (eds.), *Global Information Technology Report 2014. Rewards and Risks of Big Data*, elaborado por el Foro Económico Mundial, se han analizado a 144 naciones, y se ubica a nuestro país en el lugar 90 de acceso a internet en escuelas, y en el lugar 119 en la calidad del sistema educativo, y el sitio 79 en cuanto al acceso a internet en el hogar, pp. 295 y 391. Disponible en: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GlobalInformationTechnology\\_Report\\_2014.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalInformationTechnology_Report_2014.pdf)

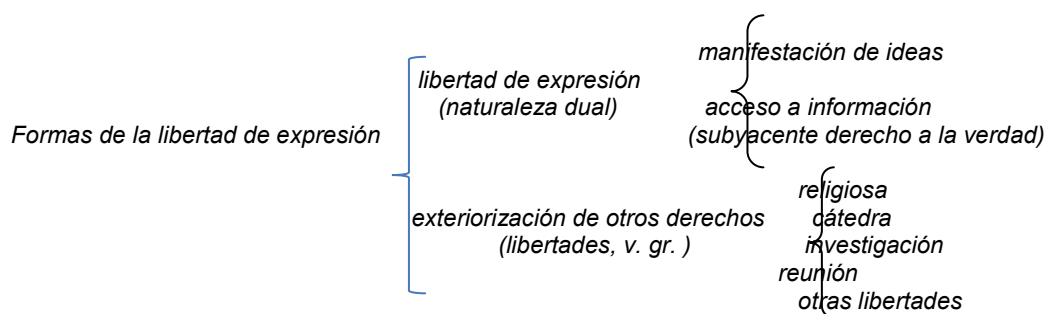
Conviene tener presente que la gratuidad de algunos servicios como el internet no es un disparate, en algunos Estados consagran este derecho en el nivel más elevado, como ocurre en Finlandia y Estonia, mientras que en América Latina, actualmente Panamá lo estableció en la Ley. No. 59 del 11 de agosto de 2008, a través de la cual se desarrolla el proyecto para dotar de acceso gratuito a internet a toda su población. Ver nota del Diario ABC en: <http://www.abc.es/medios-redes/20130216/abci-sueno-internet-publico-gratuito-201302141340.html> El proyecto panameño se denomina Red Nacional de Acceso Universal a Internet, y es conocido también como *InternetParaTodos*, puede consultarse información sobre sus etapas en: [http://www.innovacion.gob.pa/descargas/acceso\\_universal.pdf](http://www.innovacion.gob.pa/descargas/acceso_universal.pdf) y <http://www.innovacion.gob.pa/RNIPanama>.

La mencionada ley, establece a la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental (AIG), como la entidad impulsora de la iniciativa Red Nacional de Internet; sin parecer pesimistas, en México esto se ve muy lejano.

incluye al derecho de acceso a la información. En segundo lugar, se reconoce al derecho a la información como un género que abarca distintas facetas o especies: primero, la posibilidad libre de comunicar o expresar ideas y opiniones, y por el otro lado, como la posibilidad jurídica del libre acceso a la información. Particularmente, en las interpretaciones más actuales sobre la cuestión, se considera a la libertad de expresión o libertad de información como un género jurídico que incluye a la libertad de comunicación, y por otro lado, al derecho de acceso a información, que cada vez cobra mayor autonomía, también debe señalarse la inclusión de una temática que adquiere paulatinamente un lugar preponderante: el derecho a la verdad.<sup>341</sup>

Desde otro ángulo, la libertad de expresión tiene una naturaleza ambivalente, pues significa un derecho *per sé*, el derecho de hacer algo u omitirlo (expresarlo), y en segundo lugar, asume una forma instrumental, al constituir un medio o un factor para que otros derechos se exterioricen, es decir, favorece la expresión de diversas libertades.

La mencionada ambivalencia de la libertad de expresión, en su primer sentido: *como un derecho por sí*, implica la posibilidad jurídica de hacer algo u omitirlo mediante una expresión comunicativa (del pensamiento, que es comunicativa en cuanto permite establecer vínculos con otros sujetos). En otras palabras, la libertad de expresión *per sé*, significa el derecho de manifestar o exteriorizar las ideas, opiniones o preferencias, mediante cualquier recurso al alcance del ser humano, o su contrario, el derecho a no expresar algo, guardarse reserva.



<sup>341</sup> En su informe de septiembre de 2013, el Relator Especial libertad de opinión y de expresión de Naciones Unidas, puso énfasis en el vínculo entre el acceso a la información y el derecho a la verdad, al mencionar que: “Para conocer las violaciones anteriores y presentes de los derechos humanos se necesita en muchos casos la divulgación de información que se encuentra en manos de una multitud de entidades estatales. En último término, la garantía del acceso a la información es un primer paso para la promoción de la justicia y la reparación, sobre todo después de períodos de regímenes autoritarios.” En *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Asamblea General, 68° periodo de sesiones, A/68/362, del 13 de septiembre de 2013, p. 3, en línea en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/464/79/PDF/N1346479.pdf?OpenElement>

Por su parte, la otra expresión de esa ambivalencia se refiere a la forma en que la propia libertad se manifiesta, es decir, la libertad de expresión es forma que asume la libertad (humana) en su sentido más o menos autónomo; quizá la forma más clara de entenderla, sea mediante su fórmula inversa: *la libertad de expresión es la expresión de la libertad* en su sentido instrumental, pues constituye una vía para la expresión de otros derechos, se relaciona con la necesidad o presupuesto social o colectivo de la libertad o libertades, es decir, que la libertad no existe sin el hombre en sociedad. Para caracterizar la relación hombre-libertad no existe una respuesta última y definitiva; al menos admite dos sentidos que estarán en juego: el hombre es porque tiene libertad y en el otro sentido, la libertad existe únicamente referida a lo humano; es decir, hay posiciones que favorecen lo humano como presupuesto de la libertad, o la libertad como presupuesto de lo humano. En cualquier caso, lo que sí es permanente, es el vínculo entre el hombre y la libertad que en plano jurídico se diversifica como libertades o derechos, derechos de libertad o libertades públicas o fundamentales cristalizadas en los derechos humanos, tal es el caso del su desenvolvimiento en distintos ámbitos, por ejemplo, para expresar su libertad religiosa, de asociación, de opinión, de cátedra, entre otras libertades.

## **B) El pensamiento y la expresión**

A excepción del pensamiento mismo, como idea, recuerdo, aspiración, deseo, emoción, que permanecen almacenados (o pensados), sin una manifestación exterior o declaración, casi la totalidad de la actividad humana es representada mediante acciones u omisiones que los individuos exteriorizan, lo que significa que dichas formas de la consciencia adquieren un reflejo material pues se transforman en mensajes capaces de ser captados o descifrados por otro u otros seres humanos. Dichos reflejos de la consciencia requieren de la convicción o voluntad humana de hacerlos visibles o compartirlos, socializarlos, rompiendo el ámbito de lo estrictamente pensado.

La transformación de una idea en *algo comunicable*, precisa como su primera condición, de un elemento que es la voluntad del individuo para trasmitirlo o convertirlo en un mensaje; en segundo término requiere además la cualidad de lo comunicable; ésta consiste que puede ser descifrado por quienes utilicen el mismo lenguaje hacia quienes vaya dirigida esa información.

Pero, ¿cómo impacta o cuál es la trascendencia para el derecho sobre lo que es o puede ser comunicable? En primer lugar, respecto al contenido, el derecho cuidará que lo comunicable, por su sola significación no ponga en riesgo un bien social, el bienestar o equilibrio social; en segunda instancia, acerca de la forma en

que lo comunicable es exteriorizado, diremos que aquello que puede ser comunicable tiene impacto en diversos ámbitos del derecho, donde se tiene prevista la posibilidad de que esas relaciones no se desarrollen arbitrariamente, sino de forma ordenada y pacífica.

Si un determinado pensamiento no es socializado, no se convierte en mensaje y permanece en el ámbito de lo privado o lo personal, por ejemplo, cuando una persona que escribe un texto (traslada a un lenguaje comunicable un pensamiento o idea) y lo mantiene sin compartirlo a otros (socializarlo), esos datos escritos quedan en el ámbito de lo privado, aun cuando parezca por ese hecho de “estar escrito” que existe una pretensión de publicidad. Los temas relativos a libertad de expresión son intrincados en razón del rol social que cada sujeto desempeña, entonces, esta libertad adquiere matices diversos; es el caso del individuo que emite un mensaje y cumple una función pública, o cuando las autoridades de un Estado en general favorecen o permiten que determinados discursos circulen.<sup>342</sup> En ese caso, la responsabilidad social y el escrutinio público puede ser mayor atendiendo precisamente al papel que ciertas personas desempeñan en la sociedad. Lo mismo ocurre con la información a que tienen acceso algunos individuos, la cual en determinados supuestos deben hacer de la mayor publicidad posible y en otros, pueden reservarse teniendo en cuenta una disposición específica y consideraciones sociales que pueden llegar hasta el mantenimiento del orden público, la paz o la seguridad, en esta situación, no bastaría una mera sospecha o conjetura, sino que tal afectación social debe ser realmente determinada, es decir, debe probarse el daño que se puede causar con la difusión de información; se aprecia el choque entre el principio de máxima publicidad y la excepcionalidad de la reserva de información. En el terreno del contenido de los mensajes, el derecho incide creando restricciones que pueden abarcar diversos ámbitos que pueden ir desde consideraciones penales, administrativas hasta laborales, mediante la prohibición de los lenguajes o discursos de odio, intolerancia y discriminación, que en este caso se protegen determinados bienes jurídicos como los tutelados por el derecho penal, como el honor, o bien sobre la generación y el intercambio de información como es la información de contenido

---

<sup>342</sup> Tal fue la circunstancia de los discursos de odio pronunciados por el régimen hutú en la radio, incitando exterminar a la población tutsi, causando alrededor de 1000,000 de víctimas ente abril y julio de 1994 [http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/rwanda\\_20245.html](http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/rwanda_20245.html) o bien la propaganda antisemita del Tercer Reich y la simbiosis con las compañías que utilizaron la publicidad para generar confianza (*Vertrauenswebung*) y legitimar el régimen nazi; en ambos casos, se trata de ejemplos extremos de abuso de los medios de comunicación y de abusos de la libertad de expresión, ver Wiesen, Jonathan, *Creating the Nazi Marketplace. Commerce and consumption in the third Reich*, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2010, p. 90. Consultado en línea en <http://books.google.com.mx/books?id=IQD1TnGZBXC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>

socialmente dañoso como la pornografía infantil, la trata de personas y el comercio con datos personales.

La socialización de algún mensaje transita por algunos estadios, el primero es el que se ubica en los ámbitos de la *confidencialidad*, donde pueden concluir elementos que son ajenos al mundo de lo jurídico, así como otros que se enmarcan en él, por ejemplo, la *confesionalidad* (secreto confesional), y la *confidencialidad* que radica en el secreto profesional, la cual tiene diversas formas como pueden ser el secreto periodístico, el secreto médico o el de un abogado. En la *confesionalidad* actúan otros sistemas de normas como son las religiosas y del derecho canónico; mientras que respecto del secreto profesional, la confianza y la confidencialidad, se manifiestan y confluyen ámbitos jurídicos como son la libertad para elegir una profesión y las normas jurídicas que actúan sobre el ejercicio profesional.

Apuntamos que a libertad de expresión se caracteriza por servir para la manifestación de algunos derechos o libertades: la libertad de creencias, la libertad de cátedra, la libertad de empresa, entre otras importantes áreas; estas libertades, si bien tienen un sustrato interior o íntimo y personal, regularmente implican una práctica que es pública o forma social, como lo pueden ejemplificar las prácticas de un credo religioso, comúnmente realizadas en forma colectiva mediante ritos celebrados en público; la manifestación de una idea determinada en un ambiente social como un salón de clases implica la realización de otros derechos como la libertad de cátedra e investigación; o la emisión de una opinión en un diario, como un ejercicio profesional determinado.

Asimismo, la libre empresa o libre actividad que permite la subsistencia del ser humano, frecuentemente tiene una manifestación pública y un impacto social, como es la comercialización de un producto a través de los medios de comunicación; de igual manera, el ejercicio de una actividad quizá la investigación científica y el descubrimiento de un hecho relativo a la evolución o alguna ley física; o la creación literaria o cinematográfica sobre algún tema sensible políticamente, de moda o que hiere alguna susceptibilidad; la libertad de informar de un periodista y su compromiso con la veracidad y la objetividad. En los casos mencionados existe una manifestación o vinculación con alguna forma de ejercicio de la libertad de expresión relacionado con la práctica de la libertad de trabajo y del proyecto de vida.

Debemos incluir además, el impacto de las protestas públicas que constituyen una de las formas más reiteradas de las libertades de reunión y expresión, en forma de protesta social, lo que evidencia la falta de capacitación de las fuerzas de

seguridad pública para evitar que se comentan abusos al amparo de la libertad de expresión, mas no reprimir violentamente vulnerando otros derechos y permite que se levanten voces contra la criminalización de la protesta social, como un medio de control de la libertad de expresión y evitar el ejercicio de la crítica. En esta importante faceta de la libertad de expresión, los mecanismos de autocontrol como los códigos de ética pueden ser útiles los manifestantes, mientras que para las fuerzas del orden, la necesidad de capacitación, manuales y protocolos de actuación en ese sentido, pueden ser una adecuada solución y medida de prevención de violaciones a los derechos humanos.<sup>343</sup>

Por otra parte, el otro gran aspecto de la libertad de expresión es la libertad de información o de acceso a la información que permite la posibilidad de preguntar a un gobierno tal o cual asuntos de interés colectivo, la difamación y afectación a la imagen y credibilidad de una persona, el uso de los recursos, el acceso a nuestros

---

<sup>343</sup> La libre manifestación de las ideas a manera de movilización colectiva en espacios públicos, o mediante “marchas” o “mítines” ha sido un aspecto al que en México, algunas legislaturas locales han considerado motivo de una ley para que las regule. Se trata de un aspecto controvertido por las implicaciones sociales y económicas que trae consigo. Así, en San Luis Potosí, existe la iniciativa de Ley de Manifestaciones Públicas, Libertad de Tránsito y Derechos de Terceros del Estado de San Luis Potosí; en Jalisco existe una iniciativa de Ley que Regula las Reuniones y Manifestaciones en Lugares Públicos del Estado de Jalisco; en el Distrito Federal fue aprobada la Ley de Movilidad para el Distrito Federal; Quintana Roo cuenta con una Ley de Ordenamiento Cívico del Estado de Quintana Roo del 2 de mayo de 2014; en Chiapas, fue aprobada la Ley que Regula el uso de la Fuerza en el Estado de Chiapas, mientras que en Puebla, se aprobó y publicó la Ley que Regula el uso de la Fuerza en el Estado de Puebla el 19 de mayo de 2014, ver CDHDF, “Leyes e iniciativas de ley que atentan contra el ejercicio democrático de la protesta social”, *Dfensor*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, núm. 05, mayo 2014, p. 26 En el Distrito Federal, la Ley de Movilidad del DF, esa ley ha sido publicada recientemente en la *Gaceta Oficial*, el 14 de julio de 2014. [http://www.consejeria.df.gob.mx/portal\\_old/uploads/gacetas/df335356af9d93c68cac837125d30308.pdf](http://www.consejeria.df.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/df335356af9d93c68cac837125d30308.pdf) (consulta 18 de julio de 2014) Los artículos de esta ley relativos a las manifestaciones son los siguientes. Artículo 212.- Seguridad Pública tendrá la obligación de brindar las facilidades necesarias para la manifestación pública, de los grupos o individuos den aviso. (sic)

Para la realización de desfiles, caravanas, manifestaciones, peregrinaciones o cualquier otro tipo de concentración humana de carácter político, religioso, deportivo, recreativo o social, cuya finalidad sea perfectamente lícita y que pueda perturbar el tránsito en las vialidades, la paz y tranquilidad de la población de la ciudad, es necesario que se dé aviso por escrito a Seguridad Pública, con por lo menos 48 horas de anticipación a la realización de la misma. La Administración Pública en el ámbito de su competencia deberá informar a la población a través de los medios masivos de comunicación y medios electrónicos, sobre el desarrollo de manifestaciones, actos o circunstancias que alteren de forma momentánea, transitoria o permanente la vialidad. Asimismo, deberá proponer alternativas para el tránsito de las personas y/o vehículos.

Artículo 213.- Los desfiles, caravanas, manifestaciones, peregrinaciones o cualquier otro tipo de concentración humana de carácter político, religioso, deportivo, recreativo o social que se efectúen en la ciudad, podrán utilizar las vialidades salvo las vías primarias de circulación continua, excepto para cruzar de una vía a otra, para conectarse entre vialidades o cuando sea la única ruta de acceso al punto de concentración, siempre y cuando sea de manera momentánea. (sic)

Artículo 214.- Seguridad Pública tomará las medidas necesarias para evitar el bloqueo en vías primarias de circulación continua, apegándose a lo dispuesto por las normatividad aplicable.

Los lineamientos referentes a este capítulo, se establecerán en el Reglamento correspondiente.”

registros personales y el acceso a un expediente judicial donde se es parte (una de las expresiones del *habeas data*), lo que implica el ejercicio transparente de las funciones públicas y la protección de datos personales.

La libertad de información también alcanza a la entidades privadas en sus esquemas de participación en la actividad comunicativa, concretamente en las telecomunicaciones, como lo es operar y abrir una radio difusora o participar en otros medios electrónicos, o en los medios impresos, como lo es la impresión de un diario, el acceso al internet y su reglamentación, aquí se encuentra un importante vínculo con el derecho a manifestarse en paz y libremente, el derecho a la verdad en los casos de justicia transicional (transiciones a la democracia), la pluralidad informativa, etc., donde la libertad de expresión permite un ejercicio de crítica que impacta el ámbito público, ejercer una influencia sobre el objeto de crítica, y corresponde a las normas jurídicas determinar ciertos límites razonables a este ejercicio democrático, evitando la censura o control sobre los medios. La necesidad de solucionar problemas y conducir de la mejor forma la actividad de los distintos profesionales relacionados con la información y la libertad de expresión; y también, la penetración de los derechos humanos y consideraciones éticas en el ejercicio de la actividad de instancias públicas ha llevado, como adelantamos, al desarrollo de la idea de la autorregulación, es decir, a que sean los profesionales de las distintas áreas, propongan códigos de conducta o códigos de ética profesional, así como la compilación de instrumentos que describan las mejores prácticas en una actividad determinada. La necesidad por el mejoramiento de las formas en que los derechos se ejercen y de las responsabilidades de las autoridades para su respeto, ha conducido a acuerdos en distintos niveles, acerca de los contenidos legales mínimos que se han materializado en leyes modelo, es decir, leyes estandarizadas elaboradas *ex profeso* con un contenido armonizado en derechos humanos.

La materia de la libertad de expresión y acceso a la información ha sido un campo para el desarrollo de esos y otros estándares provenientes de diversos sectores principalmente académicos y profesionales, así como de la sociedad civil, que han enriquecido la noción de libertad de expresión. Los estándares a que nos referimos en este caso, asumen la forma de declaraciones de principios o declaraciones de derechos. La libertad de expresión en su sentido restringido, tiene como presupuesto a la libertad de pensamiento u opinión<sup>344</sup>. De manera tal

---

<sup>344</sup> Excepcionalmente, la libertad de pensamiento (no exteriorizada), al mantenerse en la psique del sujeto no permitiría referirnos jurídicamente a alguna libertad pública, pero sí al respeto de la vida privada y a la libertad de pensamiento, lo que significa llanamente la posibilidad libre oponerse; así, la libertad de expresión, consciencia, opinión y pensamiento, se encuentran fuertemente ligadas y no existe una diferencia más que de objeto o a medio; la opinión es un proceso mental que implica cierta valoración sobre

que, para hacer posible a la libertad de pensamiento, es necesario que la información que se genera en la sociedad sea un elemento de la vida común y circule libremente, de manera accesible; lo que nos conduciría a referirnos no a la simple comunicación, sino a la transmisión del conocimiento humano.

En ese sentido, son tantas las formas que puede asumir el ejercicio de la libertad de expresión, que válidamente cobra sentido decir, insistimos, que la libertad de expresión constituye la expresión de la libertad en muy diversas áreas del quehacer humano; y en esa diversidad de manifestaciones y ámbitos que la envuelven, las normas jurídicas actúan como instrumentos para conducirla, moldearla y contenerla, no reprimirla, porque el ejercicio de la fuerza sobre la ella implicaría, no su simple restricción, sino su negación.

En la actualidad, la *libertad de expresión* se entiende como una parte fundamental de las sociedades que se consideran democráticas (con independencia de los múltiples significados que puede adquirir ese término político), no significa que la libertad de expresión sea el único factor democratizador, sino que la garantía y el establecimiento de la libertad de expresión favorece el ejercicio de otros derechos que en su conjunto y en armonía, permiten considerar a una sociedad como democrática.

Durante los últimos tiempos, en el caso de nuestro país desde 1977, esta importante libertad manifestada como *la libre comunicación de las ideas*<sup>345</sup> y *el acceso a la información*, se han vinculado fuertemente con los temas de *la transparencia en la actividad estatal*,<sup>346</sup> *la protección de los datos personales*, *el respeto a la vida privada y de la reputación personal*. De manera que, la libre transmisión o circulación del pensamiento se refiere a la libertad de expresión en un sentido elemental y con independencia del medio por el que se realice esa

---

un objeto, dicha valoración se puede o no manifestar, y una de las vías que toma es a través de lo es la objeción de conciencia, es decir, la exteriorización de oposición a determinado hecho, debido a que mediante un proceso de valoración se es de la opinión contraria que le impide cierto comportamiento que lo conduce a la no obediencia de una orden o de un mandato legal; la libertad de conciencia es exteriorizada y encuentra su vínculo con la libertad de expresión, al pronunciarse exenta de coacción externa.

<sup>346</sup> De acuerdo con UNESCO, cerca de 90 países cuentan con legislación que garantiza el derecho a la información, ver la lista completa con el año en que se expidieron las legislaciones correspondientes en Caja de herramientas para la libertad de expresión guía para estudiantes, París, 20013, p. 29. Disponible en línea en <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002227/222792s.pdf> Sin embargo, según la organización no gubernamental FreedomInfo.org, son 100 los países que tienen un régimen de acceso a la información. <http://freedominfo.org/documents/Countriesaccesslist.pdf>, la lista asciende a 99 y debe agregarse Buthán, cuyo parlamento aprobó el 5 de febrero pasado su ley de acceso, y en ese mes, se encontraba en discusión en la nación árabe de Omán, un estatuto de acceso a la información, ver <http://www.freedominfo.org/2014/02/oman-panel-discusses-draft-information-access-legislation/>



transmisión de información: por impreso, a través de electrónico, etc., o de la forma en que se realice dicha manifestación, ya sea por escrito, a través de una reunión, una protesta, incluso, la emisión de un sufragio o la participación e alguna consulta etc. Por lo que se refiere al acceso a la información, se manifiesta en el derecho a la búsqueda de la misma, así como a recibir información y en ese ejercicio, actualmente, el internet permite tener acceso a información de todo tipo cuyo acceso puede incluso ser motivo de sanciones penales.<sup>347</sup>

Por otra parte, la diversificación de los temas que actualmente corresponden con este derecho humano, no deben considerarse como un alejamiento o separación de las esenciales libertades de imprenta y de prensa, que a lo largo de la historia han recobrado su importancia en etapas decisivas de las sociedades; las circunstancias actuales reclaman el acercamiento con otros ámbitos de la actividad humana que no tenían la gran importancia social que se les atribuye en el siglo XXI, por ejemplo, nadie se atrevería a negar el papel fundamental que adquirió la libertad de expresión en las comunicaciones que favorecieron la organización de las protestas que condujeron a la caída de algunos regímenes autoritarios del Medio Oriente y Norte de África durante los años 2010-2013, conocidos a nivel mundial como la “Primavera Árabe”. De la misma forma, no es posible desconocer los alcances y la reinterpretación del derecho de acceso a la información en el ejercicio de otros derechos como el derecho a la educación, las nuevas rutas que sigue este derecho comienzan por tender puentes sólidos entre el acceso a la información y el conocimiento en las sociedades.

En las redes que se tienden sobre este derecho a la libertad de expresión hacia el exterior de los Estados se evidencia la relación que guarda con la seguridad nacional (tema que se encuentra en tránsito hacia el concepto de seguridad humana).<sup>348</sup> También, en el sector que se refiere a la extensión del derecho de acceso a la información en el plano internacional,<sup>349</sup> pueden ubicarse algunas las vertientes como:

---

<sup>347</sup> Es el caso de contenido que es sancionado por las leyes penales y/o civiles como es la pornografía infantil, las cuestiones relacionadas con la trata de personas, etc., en general, contenido o mensajes de odio, información innecesaria para el bienestar social cuyo contenido debe censurarse, de manera tal que su acceso a la red debe evitarse y esa es quizá una de las áreas más sensibles del acceso y la circulación de información en internet al que los usuarios se encuentran expuestos. De igual manera resulta difícil encontrar el límite a la actuación del Estado en la búsqueda de personas que infrinjan esas normas penales. Es una frontera muy delgada entre la vulneración de la intimidad y la libertad de expresión en su aspecto de acceso a información y la responsabilidad del estado en bloquear esos sitios con materiales impropios.

<sup>348</sup> Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Índice de Desarrollo Humano 1994*, “Cap. 2. Nuevas dimensiones de la seguridad humana”, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 1994, pp. 25-52.

<sup>349</sup> Al respecto puede consultarse el estudio de Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Los Alcances de la Reserva con Fundamento en el artículo 13, fracción II, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información

- a) acceso a información sobre su actividad en el concierto internacional, la relativa a la diplomacia ya sea bilateral o multilateral;
- b) *acceso a información con que cuentan los Estados en virtud de su membresía a algún organismo internacional*, que en términos generales puede también ser considerada diplomática; el Estado concretamente en el seno de organizaciones internacionales;
- c) acceso a información el Estado en cumplimiento de sus obligaciones como parte de un tratado Existen importantes avances en torno a este derecho que se transforma; y
- d) acceso a información en poder de organismos internacionales, los cuales han desarrollado políticas de transparencia, y resulta necesaria la idea de transversalidad y progresividad de los derechos humanos, como una asignatura exigible a toda entidad que posea información, independientemente del grado de su especialización material, por ejemplo cuando se trata de organismos que tiene a su cargo la solución de alguna contienda.

El siguiente paso quizá alcance a las empresas transnacionales como sujetos de derecho en razón de a importancia económica mundial y de su responsabilidad social.

Los instrumentos internacionales regulan las relaciones entre diversos sujetos como son los Estados, organismos internacionales u otros sujetos como empresas, ong's (organizaciones no gubernamentales) y los individuos. Pero no debe entenderse este desarrollo aislado de los instrumentos internacionales, sino en una relación complementaria, algunos instrumentos internacionales trasladarán sus efectos hacia ámbitos domésticos o nacionales, o se desarrollan en lo internacional; en cualquier caso, son creados para establecer deberes estatales, esa es la finalidad de la celebración de los tratados. Éstos integran el derecho público y el cumplimiento de las obligaciones en esa materia mantiene su naturaleza pública, favoreciendo el ejercicio de determinados derechos como es el acceso a la información.

Los tratados pueden ser materialmente específicos o no serlo en materia de derechos humanos e incluir a la libertad de expresión; sin embargo, los tratados que no son específicos en materia de derechos humanos, que son la mayoría de los instrumentos internacionales, generan el acceso a información con motivo de

---

Pública Gubernamental, México, IFAI, 2011, 456 pp., donde establecen con claridad los estándares de acceso a la información y se plantean los alcances de las restricciones en el ámbito de la vida internacional en relación con las dimensiones de la confidencialidad en la conducción de negociaciones internacionales particularmente en relación con los organismos internacionales, disponible en línea en: <http://inicio.ifai.org.mx/Estudios/estudio46.pdf>

obligaciones estatales que se generan en esas áreas. En otras palabras, la firma y ratificación de un tratado, posibilita acceso a información (en manos de autoridades estatales e instituciones creadas por su medio) con motivo del cumplimiento de una obligación internacional, lo que encuentra claramente sustento en esa voluntad estatal expresada en el momento de adhesión, firma y ratificación de un determinado instrumento convencional o tratado.

Los temas vinculados con ese acceso en el ámbito internacional se han diversificado a la mayoría de los ámbitos del quehacer humano y no abarcan exclusivamente temas de derechos humanos; es decir que no son instrumentos específicos en acceso a la información, pero reflejan un encuentro entre el aspecto material de cada tratado, el acceso y el manejo de información relativa, algunas las categorías son: no discriminación, protección enfocada en ciertos grupos, combate a la delincuencia, salud, medio ambiente, participación política y gobernanza; relaciones comerciales y económicas, relaciones laborales, protección del patrimonio cultural y natural, desarrollo y transferencia de conocimientos, debe tenerse presente que los criterios temáticos o materiales no son absolutos o restrictivos, sino que se interrelacionan.

El acceso a la información como derecho humano es universal, su ejercicio puede hacerse o plantearse directamente ante una instancia internacional, o bien al Estado en su relación con dicha instancia. En el ámbito internacional, la participación de varios sectores como el de la sociedad civil y la academia y las instituciones públicas, han producido diversos estándares que paulatinamente han ido retomándose por los operadores del derecho a la libertad de expresión y al acceso a la información.

Debe reconocerse cómo la asociación entre libertad de expresión y sociedad democrática constituye una referencia común en los fallos sobre derechos humanos y las interpretaciones sobre los alcances de ese derecho, donde se reiteran menciones a la protección de la vida privada, el honor, el bien común, el orden, la seguridad, la libertad informativa y al acceso la información, la transparencia y la rendición de cuentas.

Las referencias a la sociedad civil frecuentemente nos conducen a su delimitación conceptual y a distintas interrogantes, por ejemplo, sobre su origen, características, conformación.<sup>350</sup> La noción de la sociedad civil como presupuesto

---

<sup>350</sup> Cfr. Vega Hernández Raúl, *La idea de sociedad civil en Hegel*, México-UNAM, 1995, p.30, 42 y ss, donde se señala que La utilización del término sociedad civil se puede encontrar en el siglo XVIII, las ideas de Kant y de Hegel, en el primero, identificado como estado civil frente al estado natural, es una sociedad que busca la igualdad y del respeto a los derechos del individuo, el derecho a la propiedad. Se trata de una sociedad civil

de la democracia se traslada hacia fuera de la vida estatal, donde tienen un papel destacado las organizaciones no gubernamentales; por otra parte, acerca de la posibilidad de una sociedad civil global, corresponde igualmente preguntar por quiénes y cómo la integran, qué vincula a sus integrantes, y si ésta es igual a la asuma de sociedades civiles (locales) o no, además, a inquirir el papel de las organizaciones no gubernamentales en la sociedad civil, para determinar si son una parte medular o simplemente se han arrogado la representación de la sociedad, y una cuestión que nos interesa en el contexto de estas líneas ¿puede siquiera existir sociedad civil sin libertad de expresión? Las respuestas a estos cuestionamientos son complejas, trataremos de aproximarnos a algunas de ellas; sin embargo, podemos asegurar de manera categórica que no es posible entender a la sociedad civil separada de un instrumento esencial en su actividad: la libertad de expresión, ésta constituye tan solo uno de los elementos que integran la complejidad de la reiterada frase: “en una sociedad democrática”.

El derecho humano a la libertad de expresión o libertad de información, como suele denominarse por algunos doctrinarios, tiene una importancia crucial en vida y transformación de las sociedades contemporáneas, su función es instrumental y constituye una vía para que los individuos materialicen su libertad, a la vez que hace posible que un sector de la población que actúa personificando lo que se conoce como sociedad civil, tome parte en los procesos de transformación y diálogo, apartándose del papel de receptor y simple emisor de puntos de vista sobre un temas socialmente relevantes, asumiendo así un rol participativo. Es posible considerar que la libertad de expresión conlleva al empoderamiento de las sociedades contemporáneas, favoreciendo el desenvolvimiento de procesos de gobierno.<sup>351</sup>

---

que tiene su fundamento en lo jurídico, lo que podríamos llamar estado de derecho. En la Filosofía del derecho de Hegel, la idea de sociedad civil implicaba: la mediación de un sistema de necesidades básicas y su satisfacción mediante el trabajo; la libertad y la defensa de la propiedad mediante la administración de justicia y la prevención y el cuidado de los intereses mediante la policía y la corporación. Debe tenerse presente que estos autores analizan la sociedad de su época, y lo que hacen con el término sociedad civil es proponer un ideal de sociedad, un ideal político.

<sup>351</sup> Actualmente existe un concepto que denota la posibilidad de influir positivamente en distintos niveles de decisión, ya sea al interior de un país en sus distintos órdenes, o incidir en una decisión internacional, o con impacto internacional, este proceso es conocido como gobernanza. Algunos planteamientos reconocen un incluso un sentido global de la gobernanza, en el cual, la sociedad civil tiene posibilidad de incidir directamente ante instancias internacionales y propiciar transformaciones sociales en ese ámbito. Así lo reconocer el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, en su informe del 4 de septiembre de 2013, al afirmar que: “3. Los obstáculos al acceso a la información pueden impedir el goce de los derechos tanto civiles como políticos así como de los derechos económicos, sociales y culturales. Los requisitos básicos de la gobernanza democrática, como la transparencia, la rendición de cuentas de las autoridades públicas o la promoción de procesos participativos

### C) Referencias doctrinales sobre la libertad de expresión

La libertad de expresión es un derecho humano que comparte las características que los distinguen de los demás derechos, nos interesa destacar su: *universalidad, progresividad e interdependencia*. La primera característica, se entiende como presupuesto de los alcances de los derechos humanos y de sus interpretaciones; la progresividad significa el desenvolvimiento racional de la libertad, cada vez hacia un estadio más amplio y benéfico que no afecte el ejercicio de los derechos humanos. La interdependencia, impacta diversos ámbitos con los que se irán emparentando y entrecruzando las libertades en su desenvolvimiento o ejercicio. Además, al igual que todo derecho, la libertad de expresión no puede entenderse ilimitado y absoluto.

Algunos autores se han aproximado al concepto de libertad de expresión, Salvador Ochoa Olvera, la entiende como: “toda manifestación exterior hecha por sujetos de derecho, física y jurídicamente posible, por medio de la cual una o más personas llegan a conocer ideas, opiniones, conceptos y pensamientos del emisor mediante cualquier medio existente, conocido o por conocer; dicha conducta se encuentra regulada y sancionada por el orden jurídico positivo.”<sup>352</sup>

Para algunos doctrinarios como Manuel Fernández Areal, el derecho a la información se encuentra por cobrar autonomía y nace de la necesidad de reglamentar un derecho natural del hombre, en las leyes fundamentales de países que siguen el modelo de Estado de derecho.<sup>353</sup> Dicho autor nos proporciona su definición del derecho a la información, al que entiende como aquel “conjunto de normas jurídicas que tiene por objeto la tutela, reglamentación del derecho a obtener y difundir ideas, opiniones y hecho noticiables”.<sup>354</sup> Este autor considera que ese derecho se encuentra en el ámbito del derecho público y del igualmente público *ius cogens*, y se compone de normas “cuyo objetivo es la tutela, la reglamentación y la delimitación del derecho subjetivo, personal, individual a obtener y difundir ideas, opiniones y hechos noticiables, derecho fundamental, de carácter natural, ordinariamente recogido y formulado en las Constituciones o leyes fundamentales de todos los países civilizados y desarrollado a través de normas que constituyen el núcleo del derecho a la Información”<sup>355</sup>.

---

de toma de decisiones, son prácticamente inalcanzables sin el debido acceso a la información. “ en p. 2, en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/464/79/PDF/N1346479.pdf?OpenElement>

<sup>352</sup> Ochoa Olvera, Salvador, *Derecho de prensa. Libertad de expresión, libertad de imprenta. Derecho a la Información*, México, Montealto, 1998, p. 40.

<sup>353</sup> Fernández Areal, Manuel, *Introducción al Derecho de la Información*, Barcelona, ATE, p. 40.

<sup>354</sup> *Ibidem*, p 52

<sup>355</sup> *Ibid.*, p. 58.

Mientras que, a decir de Ernesto Villanueva, “se trata de una rama del derecho público que tiene por objeto el estudio de las normas jurídicas que regulan, lato sensu, las relaciones entre el Estado, medios sociedad, así como, *stricto sensu*, los alcances y los límites al ejercicio de las libertades de expresión y de información y el derecho a la información a través de cualquier medio.”<sup>356</sup>

En la misma tesitura pero de manera más clara, Jorge Carpizo y Enrique Villanueva delimitan el derecho a la información y subsumen en él la libertad de expresión, aquél se manifiesta en tres campos: a) el derecho a atraerse de información que incluye las facultades de acceso a registros, archivos y documentos públicos, así como la decisión de elegir un medio informativo; b) el derecho a informar que incluye las libertades de expresión e imprenta, y la creación de empresas o sociedades informativas; y c) el derecho a ser informado objetiva y oportunamente, lo que supone un carácter universal de la información.<sup>357</sup>

## II. La libertad de expresión y sus limitaciones

¿Es posible limitar a la libertad?, las siguientes consideraciones buscan una respuesta a esa interrogante, proponemos una breve ruta que principia con la idea de los límites a la libertad, para transitar luego por uno de los antecedentes más conocidos, como es la Declaración Francesa, pese a que nuestro país sería más influido por la Constitución Norteamericana de 1787, nos parece importante por su claridad, cómo permite señalar los alcances y formas en que se establecen límites a esa libertad, y luego referirnos a algunas cuestiones importantes sobre la materia que se señalan en el texto constitucional.

Existe un primer sector de limitación al ejercicio de los derechos que radica en la *dificultad material personal*; ésta parte del individuo, como en el caso de las personas con algún requerimiento particular en razón de sus capacidades físicas o cognitivas al ejercicio de la libertad, o enfrentar algún obstáculo que incide materialmente en ella, tal es el caso de que se viva algún estado derivado de una enfermedad.

El segundo sector se refiere a una *limitación social o económica*, la libertad de expresión en cualquiera de sus especies tiene una dimensión o impacto social, desde un punto de vista de las posibilidades materiales, por ejemplo, de acceder a

---

<sup>356</sup> Villanueva, Ernesto, *Derecho mexicano de la información*, México, Oxford, 2000, p. 3

<sup>357</sup> Ídem, Cendejas Jáuregui, Mariana, “El derecho a la información, delimitación conceptual” en *Derecho Comparado de la Información*, México, UNAM-III, Konrad Adenauer Stiftung, núm. 15, enero junio, 2010, p. 40.

información desde un punto remoto o a través de un medio electrónico cuando no existe, por ejemplo una red eléctrica o de internet, o cuando el acceso es incosteable, se advierten esas imposibilidades sociales o económicas. Igualmente cuando simplemente no se puede acceder a información.

Para aproximarnos a las limitaciones de los derechos, hay que partir de la idea de que no existe el ejercicio absoluto de éstos; el tema de las limitaciones se puede entender del modo siguiente, en torno a la idea de libertad (como derecho):

*La razón limita la libertad.* Una libertad (o un derecho) que no encuentre un mínimo freno, no se puede entender como libertad, pues la libertad se presenta como un producto social humano, un producto de la razón. Los límites al ejercicio de la libertad o de cualquier derecho comienzan por la propia razón del sujeto.

*La libertad limita la libertad.* El ser humano aislado no puede decirse libre porque la libertad se entiende en dirección a la consecución de un objetivo y en relación con alguien. Lo que equivale a decir que la libertad encuentra su límite en la libertad de otro ser humano igualmente libre para algo, una libertad no dirigida hacia algo o con relación a algo, es decir sin contenido, no es más que una quimera.

*La norma jurídica limita la libertad.* Vinculado a lo anterior, las libertades pueden entrar en conflicto, éstas pueden ser del mismo tipo o contenido, o bien ser diversas. La libertad o libertades que interesan regular al derecho y cuyo ejercicio también es favorecido, son las libertades concretas o manifestaciones de la libertad que tienen la posibilidad de crear consecuencias para el ejercicio de otras libertades o derechos, las libertades públicas<sup>358</sup>, lo que equivale a decir que la

---

<sup>358</sup> Debe diferenciarse claramente el concepto de la restricción del de una violación a un derecho, ya sea por omisión y el simple incumplimiento por incapacidad; en el ámbito interno, se han caracterizado los actos del Estado en razón de la efectividad de los derechos humanos. Las propias características de los derechos, el aspecto social de algunos como es el caso de la libertad de expresión, favorecen el uso de estándares sobre derechos económicos, sociales y culturales, si bien debe tomarse en cuenta que las características de derechos humanos hacen posible considerar alcances sociales para derechos que se encontraban en el ámbito de lo estrictamente civil y político. Las violaciones a los derechos humanos por omisión se han caracterizado de manera siguiente, según las *Directrices de Maastricht*, pueden comentarse: “Violaciones por actos de omisión o por la incapacidad del Estado a adoptar las medidas que dimanen necesariamente de sus obligaciones jurídicas. Como ejemplos de tales violaciones cabe citar las siguientes: a) El hecho de no adoptar las medidas apropiadas según lo dispuesto en el Pacto; b) El hecho de que no reformar o no derogar disposiciones legislativas que son manifiestamente incompatibles con una obligación enunciada en el Pacto; c) El hecho de no poner en vigor disposiciones legislativas o de no poner en práctica políticas destinadas a hacer efectivas las disposiciones del Pacto; d) El hecho de no regular las actividades de individuos o grupos a fin de impedir que violen los derechos económicos, sociales y culturales; e) El hecho de no utilizar al máximo los recursos disponibles para la plena aplicación del Pacto; f) El hecho de no velar por la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales con la elaboración y aplicación de criterios e indicadores que

libertad encuentra su límite en el ejercicio de la misma libertad. El creador de la ley tomará en cuenta los ámbitos de la vida en sociedad y promoverá desde la creación normativa, su ideal jurídico-social.

*La autoridad apoyada en la ley, limita la libertad.* Las autoridades tienen por misión la aplicación de la ley, ya sea desde el ámbito de la administración, o como el poder de decidir controversias de acuerdo con un ámbito competencial específico.

La restricción de las libertades obedece a una causa razonable, proporcional y delimitada., mientras que su negación o cancelación de las libertades es una expresión de irrazonabilidad e ilegalidad.

### **A) La actualidad de los primeros trazos: limitaciones en la Declaración francesa**

¿Es necesario un replanteamiento o una actualización de la cuestión relativa a la libertad de expresión desde su consagración constitucional en el último cuarto del siglo XVIII? Evidentemente, la humanidad se ha transformado desde que se dio su consagración en las declaraciones que la establecieron inicialmente, a la par de los parámetros para su limitación. Sin embargo, existen elementos comunes que han permanecido hasta nuestros días. Si bien la consagración de la libertad de expresión en las Constituciones de Virginia y de Pennsylvania en ambos casos en su artículo XII y del año 1776, son anteriores a la declaración francesa<sup>359</sup>, no es menos cierto que el modelo de la Declaración francesa es más elaborado y de los más influyentes antecedentes de esta libertad, a pesar de la influencia constitucional más cercana a la Constitución Norteamericana de 1787.

La declaración francesa de 1789 señaló que:

*“XI. Puesto que la libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre, todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente, excepto cuando tenga que responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.”*

---

permitan evaluar el cumplimiento; g) El hecho de no eliminar con prontitud los obstáculos que tenga el deber de suprimir para hacer posible el ejercicio inmediato de un derecho garantizado por el Pacto; h) El hecho de no hacer efectivo sin demora un derecho que ha de reconocer inmediatamente según lo dispuesto en el Pacto; i) El hecho de no ajustarse a una norma internacional mínima que es de aceptación general y que está al alcance de sus posibilidades; j) El hecho de que un Estado no tenga en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales cuando concierte acuerdos bilaterales o multilaterales con otros.” en *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Ginebra, Nueva York, 2004, p. 126. En <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>, p. 126-127.

<sup>359</sup> Ver Jellinek, Jorge, *La Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, México, Editora Nacional, pp. 45, 68 y 69, en adelante las referencias a la declaración de 1789 provienen de esta obra.



En un somero análisis de los elementos que integran esta libertad, de acuerdo con el texto del art. IX, podemos advertir que esta disposición se divide en las siguientes partes:

- a) *una sección genérica o de valor universal;*
- b). *un sector aclarativo-restrictivo personal-espacial;*
- c) *un sector de contención o preventivo; y*
- d) *un sector limitativo o específico de la restricción.*

a) *Sección genérica.* La norma: *los seres humanos son libres de comunicar su pensamiento*, o bien: *la comunicación del pensamiento debe ser libre*, la cual que denominamos genérica o de valor universal (concesiva o permisiva) está enunciada descriptivamente en el enunciado: *“Puesto que la libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre”*, y se le añade un valor axiológico que refuerza el valor universal que le viene dado por pertenecer a una declaración de derechos humanos, al reafirmar, uno de los más valiosos derechos.

Esta cláusula se completa por las siguientes: *“I. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en cuanto a sus derechos. Las distinciones civiles sólo podrán fundarse en la utilidad pública.”* Este artículo es una cláusula general o universal y se apoya en la idea de humanidad y de igualdad, dos ideas que sustentan la pretensión de universalidad, los derechos humanos no podrían ser universales si son diversos en su forma jurídica, no en cuanto a su contenido, y a su vez se vincula con el artículo II que señala los rasgos de los derechos: *“II. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.”*

b) El enunciado: *“todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente”* es de naturaleza aclarativa-restrictiva personal por las siguientes consideraciones: limita la libertad de expresar (exteriorizar) el pensamiento a dos ámbitos de validez: personal y espacial. La limitación espacial se refleja en la limitación personal, al caracterizar primero al ejercicio de esa libertad como propia de los ciudadanos, es decir, como una libertad pública o civil que corresponde según las formas de su ejercicio, exclusivamente a los *cives* o ciudadanos. La partícula adverbial “todo” debe entenderse como una aclaración que la limita su ejercicio por las vías señaladas, y exclusivamente como un derecho de los ciudadanos.

Por su parte, la idea de los ciudadanos es un concepto que refiere una forma de participación política con capacidad decisoria que se expresa a través del sufragio, lo que nos conduce a considerar qué personas son o deben ser consideradas como tales, y cuáles son los requisitos exigidos para acceder a la ciudadanía; así, es posible observar cómo en esta forma que pudiera considerarse como de una enorme claridad, se encierra una enorme complejidad jurídica.

El otro sector más aclarativo que restrictivo acerca de esa libertad, es el que se refiere a los mecanismos o medios para que esa libertad pueda ocurrir: se trata de la comunicación mediante la oralidad, la vía escrita (ligada a la escritura) y a publicar libremente, de donde parece referirse a la libertad informativa, en un sentido muy cercano a la libertad de prensa, exenta de censura previa.

Además, la libertad de informar y de “publicar libremente” no se entiende como el hecho de comunicar o informar hechos noticiosos, sino que parece orientarse al poder que tras de sí guarda la comunicación utilizando un medio impreso. Publicar libremente un hecho significa hacerlo del conocimiento general, masificar el conocimiento de los hechos a través de un medio, lo cual impone razonablemente una exigencia de objetividad. Pero no únicamente el ejercicio de la libertad informativa es el fin de los medios, una importante característica de la comunicación impresa es la posibilidad del ejercicio de la crítica. Quizá, aquí se encuentre el eslabón con el requisito de que la libertad de publicar se encuentre vinculada con el requisito de la ciudadanía que en el presente caso actúa de manera aclarativa y restrictiva, ya que la publicación significa en cierto sentido, dotar al hecho o pensamiento de una materialidad y cierta permanencia.

Así, podemos brevemente referirnos a la norma que se encuentra en ese enunciado es: *la publicación (que supone un medio escrito) y la trasmisión oral solo es dable a los ciudadanos, o en otro sentido, únicamente los ciudadanos pueden comunicar oralmente su pensamiento y publicarlo.*

c) *Sección de contención o preventivo.* Se trata de un enunciado que califica a la conducta del sujeto del sector b), se enuncia cómo el ejercicio de la libertad de expresión no puede ser abusivo. El derecho ha creado la noción del ejercicio abusivo de un derecho, donde éste no consiste en un límite, sino en la prevención de que los derechos no pueden extralimitarse o ejercerse de manera que se cause daño con ese fin. Nuestro Código Civil Federal arroja luz sobre la cuestión, ya que establece esta noción en su artículo 1912 al señalar: “Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.”

Este sector se apoya en otras disposiciones que construyen el marco para la determinación de las libertades (derechos), que se enuncia como la prohibición de causar perjuicio individual o social. Corresponde con este sector lo dispuesto en el artículo: *“X Ningún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aun por sus ideas religiosas, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley.”*

Y de manera general el artículo IV. *La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos (...)*”.

d) *Sector de especificidad legal de la restricción.* Dicha sección determina la forma en que han de señalarse las restricciones al mencionado derecho, es decir, éstas deben estar consignadas en un ordenamiento legal; este sector que también puede enunciarse como *de la necesidad o requisito legal en la extensión y fines de la restricción*, como señala la parte final del art. IV *“(…) Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley”*, así como el art. V aclara: *“La ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Nadie puede verse obligado a aquello que la ley no ordena.”*

Como se aprecia, la Declaración como un elemento orientador está dotada de plena actualidad; sin embargo, las formas en que los procesos de comunicación se han diversificado y tecnificado, precisan de una aclaración sobre cuáles deben ser los derroteros y alcances de la libertad de expresión. En el avance de la sociedad y la técnica, el derecho no puede establecer reglas específicas para cada uno de los casos en que puede manifestarse la libertad de expresión, de manera que necesita de crear algunos lineamientos, lo que principia en normas elementales que la consagren en un ordenamiento como es el rango constitucional o un tratado que le otorgue ese “blindaje” constitucional, superior jerarquía y reconocimiento jurídico.

Por otro lado, un antecedente importante al acceso a la información pública con relación a la rendición de cuentas, se encuentra en la propia Declaración francesa, en cuyo art. 15 se establece: *“La sociedad tiene derecho de pedir cuenta de su administración todo funcionario público.”*

## B) Antecedentes en planes y textos constitucionales de México

Los antecedentes constitucionales de la libertad de expresión se localizan en la diversidad de instrumentos que se han originado a lo largo de la historia nacional; encontramos antecedentes y referencias directas e indirectas a la libertad de expresión, fundamentalmente en relación con la libertad de prensa, plasmada en la mayoría de los ordenamientos políticos y proyectos para el establecimiento del Estado Mexicano, que son de gran importancia histórica aun cuando no fueron ley vigente, es interesante conocer hacia dónde se dirigía el pensamiento sobre esa libertad en el siglo XIX.

Referiremos únicamente el nombre del documento constitucional, el artículo y la libertad que protegió (impresión, prensa opinión o expresión):

- Constitución de Cádiz, 19 de marzo de 1812, art. 131, libertad de imprenta;
- *Constitución de Apatzingán* (Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana), 22 de octubre de 1814, art. 40, opinión, imprenta, art. 119, libertad de imprenta; límite, ataque a la religión, perturbación a la tranquilidad pública y el honor;
- *Acta de Independencia*, 27 de septiembre de 1821, referencia general a la libertad;
- *Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano*, 18 de diciembre de 1822, art. 17 y 18 libertad de prensa, se prohíbe la censura, y hay mención a la prohibición de atacar la religión y a la autoridad;
- *Proyecto de Constitución para la República de México de Stephen Austin*, Texas, 29 de marzo de 1823, art. 18 libertad de prensa, prohibición de ataques de carácter privado;
- *Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana*, 16 de mayo de 1823, art. 1º libertad de expresión, límites en derechos de otros;
- *Acta Constitutiva d la Federación Mexicana*, 31 de enero de 1824, art. 13 fracción II Congreso debe proteger la libertad de imprenta y art. 30, *protección de los derechos del hombre y del ciudadano*;
- *Constitución Federativa de los Estados Unidos Mexicanos*, Proyecto de la Comisión de Constitución del Congreso, 6, 16 y 20 de marzo de 1824, art. 4º, igualdad proporcional de derechos, y art. 14, 2ª, libertad de imprenta, se prohíbe totalmente su abolición o suspensión, art. 25 inviolabilidad de opiniones de diputados y senadores.<sup>360</sup>

---

<sup>360</sup> Cfr., Cámara de Diputados, *Leyes, documentos constitutivos de la nación mexicana. De la crisis del modelo borbónico al establecimiento de la República Federal*, México, Cámara de Diputados LVI legislatura, v. 1, t. 1., 1997, pp. 98- 355. Cfr. Basulto Jaramillo, Enrique, *Libertad de prensa en México*, México, s/e, 1954, pp. 89-96

- *Constitución de 1824*, art. 50 fracción III, protección de la libertad política de imprenta; art. 161 fracción IV, protección de los Estados (se trata de la Constitución de un Estado Federal) libertad de imprenta;
- *Constitución de 1835*, art. 2º, fracción VII, libertad de expresión en materia política, se prohíbe la censura y se señala que las restricciones a esa libertad deben establecerse en las leyes de imprenta;
- *Leyes Constitucionales del 30 de diciembre de 1836*, Ley Primera, art. 2º, fracción VIII, en el mismo sentido de la ley de 1835;
- Bases Orgánicas 12 de junio de 1843, art. noveno, fracción II, libertad de opinión, se establece la protección de la vida privada;
- Acta de Reformas del 18 de mayo de 1847, arts. 26 y 27, libertad de imprenta.<sup>361</sup>
- La Constitución de 1857, del 12 de febrero de 1857, protegen las libertades de opinión e imprenta arts. 6 y 7, y señalan como límites la vida privada, la moral, los derechos de un tercero, la provocación de un delito o la perturbación del orden.<sup>362</sup>

Acerca del concepto de derecho humanos, es preciso tomar en consideración que la discusión de Constituyente de 1856 en su sesiones del 10 y 11 julio de ese año discutió el sentido del artículo 1º referente a que el pueblo mexicano reconocía en los derechos del hombre, el objeto y base de las instituciones sociales, y consecuentemente, todas la autoridades debían respetar y sostener las garantías otorgadas por la Constitución.<sup>363</sup> A pesar de la prevaleciente noción de los derechos del hombre, se mantuvo en el aire una ambigua noción de garantías individuales. Posteriormente, en las discusiones del constituyente de 1916, la idea de los derechos del hombre mantuvo su ambigüedad, en ocasiones como sinónimo de los derechos del hombre, como en el caso del Diputado Martínez Escobar, y en otras, con un sentido que las vinculaba con la estructura propia y el funcionamiento de los poderes, como en el caso del Diputado Macías.<sup>364</sup>

---

<sup>361</sup> Cfr., Basulto Jaramillo, Enrique, *Libertad de prensa en México*, México, s/e, 1954, pp. 89-96.

<sup>362</sup> Se trata de una situación El pueblo de México reconoce en el art. 1 de ese documento que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. Y además, establece que “todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la Constitución.” A diferencia del texto original de la Constitución de 1917 que establece que es el Estado el que otorga las garantías. En las discusiones del Constituyente de 1856-57, se consideró la expresión de los derechos del hombre y se hicieron alguno señalamientos acerca de su número, extensión,

<sup>363</sup> Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Constituyente de 1857*, México, Senado de la República, LX Legislatura, 2007, p. 35.

<sup>364</sup> De acuerdo con la 11ª. Sesión ordinaria del 13 de diciembre de 1916, celebrada en el Teatro Iturbide, en Congreso Constituyente 1916-1917, *Diario de Debates*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, tomo I, 1985, pp. 620 y 624.

### C) Extensión y límites constitucionales contemporáneos

La Constitución de 1917 consagró los derechos en su artículo 6° y 7° las libertades de expresión y de imprenta de manera clara y sencilla, existieron legislaciones que desarrollaron los conceptos de este ordenamiento como la Ley de delitos de imprenta.<sup>365</sup>

La primera reforma al artículo 6, desde 1917, que se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el 6 de diciembre de 1977, establece el derecho a la información en los términos siguientes: Art. 6° "...el derecho a la información será garantizado por el Estado."<sup>366</sup> Agregando ese enunciado al precepto original. Este derecho fue plasmado para dar cauce a la difusión de las ideas en un contexto electoral, es decir, que hay indicios de que en su inicio, el derecho de acceso a la información fue pensado en el marco de la gran reforma política electoral que estableció la designación de 100 diputados mediante el sistema de representación proporcional.<sup>367</sup> En ese conjunto de reformas se incluyó la del artículo 41 que

---

<sup>365</sup> "Artículo 6°.- La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público." Mientras el art. 7° proclamó: "Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito."

<sup>366</sup> [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_086\\_06dic77\\_ima.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_086_06dic77_ima.pdf)

<sup>367</sup> En cuanto al derecho de acceso a la información dicha reforma estaba pensada para favorecer el uso de los medios de comunicación de manera equitativa entre los partidos, de ello da cuenta el análisis de la iniciativa presidencial que textualmente señalaba respecto del artículo 6o: "garantizar en forma equitativa a los partidos políticos nacionales la disposición de los medios que permitan difundir con amplitud sus principios, sus tesis y programas." Ver: Fernández Christlieb, Fátima, "XII. El derecho a la información y los medios de difusión masiva", en González Casanova, Pablo y Florescano, Enrique (coords.), *México, hoy*, México, Siglo XXI, 8ª. ed., 1983, pág. 329. Esta autora cita la iniciativa presidencial acerca de la reforma constitucional cuando establece el papel protagónico en la formación de la conciencia ciudadana a cargo de los partidos políticos: " 'Esta prerrogativa de los partidos políticos tiene el propósito de dar vigencia en forma más efectiva al derecho a la información que, mediante esta iniciativa se incorpora al artículo sexto, que será básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana y contribuirá a que ésta sea más enterada, vigorosa y analítica, lo cual es esencial para el progreso de nuestra sociedad. Siendo los partidos políticos entidades fundamentales en la acción ideológica y política, el ejercicio del derecho a difundir sus ideas en lo medio de comunicación social se traducirá en el mayor respeto al pluralismo ideológico y cobrará plenitud la libertad de expresión y su correlativo derecho a la información.' " Afirma esa autora, párrafos adelante, sin embargo, plantea una posición más amplia respecto de ese derecho, que se encontraría expuesta desde 1975 en el Plan Básico de Gobierno 1976-1982 y que tendría otros sujetos participando en ese proceso de apertura, es decir, los medios de comunicación que hasta el día de hoy se encuentran altamente concentrados, así lo reconocen los informes que realizaron en 2010 en misión conjunta del 9 al 24 de agosto de ese año los relatores para la libertad de expresión, por la ONU, Frank La Rue, y por la CIDH, la Relatora Catalina Botero; ambos informes fueron concentrados en la obra: *La libertad de expresión en México, Informes de Misión de las Relatorías de la ONU y de la CIDH*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2011, disponible en su versión electrónica en:

garantizaba: por un lado, el uso permanente de los medios de comunicación social; y estableció que en los procesos electorales federales, los partidos políticos nacionales debían contar en forma equitativa con un mínimo de elementos para sus actividades tendientes a la obtención del sufragio popular, lo que significa que entre ese mínimo de elementos se puede encontrar el acceso a los medios de comunicación social. En suma, el derecho de acceso a la información se incorporó históricamente en México, con una óptica electoral y para provocar mayor participación política, lo que resulta en cierta medida congruente con la noción de la libertad de expresión como piedra angular de una sociedad democrática a la que hacen referencia las reiteradas decisiones sobre este derecho emitidas por los tribunales de derechos humanos.

En la actualidad, el artículo 6 ha adquirido gran complejidad temática a partir de la reforma del 7 de febrero de 2014 que divide el artículo 6 en dos apartados, A y B: A, dedicado al acceso a la información, y B, el relativo a las telecomunicaciones, que lo suma a los más extensos de nuestro ordenamiento constitucional. A pesar de su división en dos sectores, este precepto regula tres aspectos, a saber: la libertad de expresión, el acceso a la información y aspectos tecnológicos relacionados con las comunicaciones como los principios reguladores de las empresas de medios, por lo que hubiera resultado adecuado dividirlo en tres secciones y no dos, intentando sin conseguirlo, preservar un texto constitucional *hiperreformado*. Las pretensiones del legislador son amplias al establecer el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet, de modo que, en la prestación de estos servicios, más que derechos, el Estado tiene el deber de regular la actividad empresarial asegurando una adecuada competencia. El legislador es omiso en cuanto no pone énfasis en la calidad en los

---

<http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/2011/LEOk.pdf> En el *Informe de la misión a México del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas*, se señaló lo siguiente en el rubro designado: IV Libertad , Pluralismo y apertura en el debate democrático, párrafo 40. “Sigue existiendo en México una alta concentración en la propiedad y el control de los medios de comunicación a los que se les ha asignado frecuencias radioeléctricas. La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH señala que “los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos”. El Relator Especial instó al Congreso de la Unión y al Ejecutivo Federal a adoptar una legislación conforme con la jurisprudencia de la SCJN y los organismos internacionales para desconcentrar dicho sector, y que contribuya a generar un espacio mediático plural y accesible a todos los sectores de la población.”, pág. 22 del informe; y por la OEA, el *Informe sobre la libertad de expresión en México 2010* advierte en ese rubro, una concentración del 90% de las frecuencias televisivas en dos cadenas y mientras 76% del espectro radiofónico se concentra el 14 familias, ver página 124 de ese documento.

servicios, una circunstancia que limita materialmente el ejercicio de esos derechos.

A pesar de las reformas el art. 6, su parte inicial conserva su esencia, enunciando las limitaciones a la libre manifestación de las ideas, se señalan los siguientes casos: ataque a la moral, la vida privada, derechos de terceros, provocación de un delito, perturbación del orden público, que corresponden los límites generales, de acuerdo con la propia mención que hace el artículo 7°, sobre la libertad de difundir opiniones, información o ideas, al establecer en su párrafo segundo: “Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución.”

Acerca de los límites a la libertad de expresión, la Suprema Corte se ha pronunciado, en la tesis LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN, AL DECIDIR QUE “LA “MORAL” O “LAS BUENAS COSTUMBRES”, PUEDEN CONSTITUIR RESTRICCIONES LEGÍTIMAS A DICHS DERECHOS FUNDAMENTALES, la cual determina sobre los límites del artículo 6°, al señalar que: “los conceptos de “moral” y “buenas costumbres”, así como a su mutabilidad, porque cambian constantemente desde una perspectiva social y de persona a persona, debe determinarse la medida y el alcance en que éstos pueden constituir restricciones legítimas a la libertad de expresión y el derecho a la información.”<sup>368</sup>

La Suprema Corte propone un concepto de moral pública el que señala, no debe ser igual a las normas culturales pero si a las convicciones sobre lo bueno y malo en una sociedad:

“Ahora bien, lo que debe entenderse por “moral” o por “buenas costumbres”, no puede identificarse con las normas culturales que prevalecen en una sociedad y época determinadas, sino que debe constreñirse al concepto de moral “pública”, entendida como el núcleo de convicciones básicas y fundamentales sobre lo bueno y lo malo en una sociedad. (...)”

Continúa la tesis, sobre el carácter de las restricciones:

“...con base en la doctrina desarrollada por este alto tribunal, las restricciones a los derechos fundamentales no deben ser arbitrarias, sino que deben perseguir

---

<sup>368</sup> Décima Época Registro: 2005536, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Publicación: viernes 14 de febrero de 2014, Materia(s): (Constitucional) Tesis: 1a. L/2014 (10a.) <http://sjf.scjn.gob.mx>



finalidades constitucionalmente válidas, ser necesarias para su consecución y proporcionales, esto es, la persecución de ese objetivo no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de los otros derechos fundamentales.”

Los elementos de las restricciones en materia de libertad de expresión se desarrollan en el orden siguiente:

-No deben ser arbitrarias

-Deben seguir “finalidades constitucionalmente válidas”

-Deben ser necesarias para conseguir dichas finalidades.

-Deben ser proporcionales, es decir, no pueden hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida

Haciendo suyo un criterio del Relator de las Naciones Unidas para la libertad de expresión, manifiesta:

“Toda restricción a la libertad de expresión no sólo debe justificarse en la protección de un objetivo legítimo -la moral pública-, sino que también debe acreditarse que la medida sea necesaria para lograr ese objetivo.”

Lo que quiere decir que no basta su adecuación con una presunción, sino que debe acreditarse que la medida es tendiente a la restricción o limitación de los derechos. El acreditamiento de una medida no es una noción que se pueda definir con sencillez, puesto que acreditar algo puede tener al menos tres interpretaciones: primera, si se atiende al sentido etimológico de “credere”, como una simple consideración de que se piensa o supone que esa medida producirá el efecto buscado; otro sentido el de estar convencido, es el aplicado en el caso de confianza, ello quizá nos conduzca falsamente a estimar que la medida dictada por la autoridad será la adecuada; y finalmente acreditamiento como demostrado con elementos externos, o mediante alguna experiencia previa en el uso de esa medida, es decir, una medida que ha demostrado fehacientemente ser eficaz. La autoridad debe en virtud de crear seguridad jurídica, buscar el sentido que genere menos incertidumbre, es decir, aquella que haya demostrado fehacientemente que es útil al fin de preservar o dañar de la menor forma el derecho.

Continúa la tesis citando un criterio del Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Expresión:

“Asimismo, el Relator de Naciones Unidas para la Libertad de Expresión ha señalado que las restricciones a la libertad de expresión no deben de aplicarse de modo que fomenten el prejuicio y la intolerancia, sino que deben protegerse las opiniones minoritarias, incluso aquellas que incomoden a las mayorías. Por lo tanto, debe distinguirse entre el fomento a la conducta inmoral, que puede ser un motivo legítimo para la aplicación de restricciones, y la expresión de opiniones disidentes o la ruptura de tabúes.”

El criterio del Relator asumido por la Suprema Corte distingue entre la protección de las opiniones minoritarias y disidentes, la ruptura de tabúes y la implementación de restricciones contra las “conductas inmorales”. Para concluir que una restricción no puede atender a elementos axiológicos, sino que debe encontrarse plenamente justificada:

“En conclusión, la determinación del concepto de "moral" o "buenas costumbres", como límite a los derechos a la libertad de expresión y de información, no puede ser exclusivamente valorativa, ni atender a los criterios de un grupo determinado, sino que debe quedar plenamente justificada, sin limitarlos innecesariamente.”

Existen otras formas en que se han establecido ciertas limitantes constitucionales a dicha libertad, las cuales se señalan en el mismo artículo 6°: en materia de acceso a la información se encuentra la confidencialidad, la reserva de información por razones de interés público, y seguridad nacional, el respeto a la vida privada y protección de datos personales, mientras que se establece un requisito necesario: la temporalidad de la medida. La determinación de los límites generales del artículo 6° y de las formas en que se manifiestan y justifican las limitaciones a la libertad de expresión, apuntan necesariamente a la ley como el único instrumento para la aplicación y establecimiento a dichas limitaciones.

La jurisprudencia se pronuncia en el mismo sentido, al repetir casi por completo el artículo 6° en algunas tesis, respecto del art. 7° es más explícito en cuanto al tema de la censura previa, como lo muestra la tesis del rubro: LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES, que aclara: “la prohibición de la censura no significa que la libertad de expresión no tenga límites, o que el legislador no esté legitimado para emitir normas sobre el modo de su ejercicio. Lo anterior significa que estos límites no pueden hacerse valer mediante un mecanismo por el cual una autoridad excluya sin más la entrada de un determinado mensaje al debate público por estar en desacuerdo con su contenido, sino a través de la atribución de responsabilidades -civiles, penales, administrativas- posteriores a la difusión del mensaje; además, el indicado artículo 7o. constitucional evidencia con claridad la intención de contener dentro de parámetros estrictos las limitaciones a la libertad

de expresión al establecer que ésta ‘... no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública.’<sup>369</sup>

El 5 de marzo de 2013, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó un documento recopilatorio elaborado su Relatoría para la libertad de Expresión con apoyo financiero de los gobiernos de Finlandia y Suiza; este documento incluye los puntos relevantes de los precedentes jurisprudenciales sobre libertad de expresión de los tribunales y cortes supremas de los Estados del Sistema Interamericano; en ese trabajo se señala con relación a las restricciones sobre la libertad de expresión en los siguientes rubros: jurisprudencia sobre limitaciones generales a la libertad de expresión; jurisprudencia sobre la admisibilidad de las limitaciones impuestas a la libertad de expresión: marco general; jurisprudencia sobre la necesidad de que las limitaciones se encuentren fijadas por ley, de manera clara y precisa; jurisprudencia sobre la necesidad de que las limitaciones estén orientadas al logro de los objetivos legítimos reconocidos por la Convención Americana; y jurisprudencia sobre exigencia de que la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática, idónea para el objetivo imperioso que se pretende lograr y estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida.<sup>370</sup>

Por otra parte, en materia de acceso a la información, además de otros criterios, en el caso que nos ocupa, se señalan los siguientes rubros: jurisprudencia sobre el régimen general de los límites al derecho al acceso a la información; jurisprudencia sobre límites al principio de máxima divulgación;<sup>371</sup> jurisprudencia

---

<sup>369</sup> “El primer párrafo del artículo 7o. de la Constitución Federal establece que ‘Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta’; esto es, la prohibición de la censura previa implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar previamente un permiso a la autoridad que, por razones de contenido, tenga el poder de impedir su desarrollo. Sin embargo, (texto que se cita arriba) En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento de delito.’ Por su parte, el artículo 6o. constitucional destaca la imposibilidad de someter la manifestación de las ideas a inquisiciones de los poderes públicos al señalar que ‘La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa’, a excepción de aquellos casos en que se ataque la moral, los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público. Se trata, por tanto, de límites tasados y directamente especificados en la Constitución Federal.” Ver Jurisprudencia P./J. 26/2007, número de registro: 172476, S.J.F. y su Gaceta, 9a. Época, mayo de 2007, p. 1523.

<sup>370</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Jurisprudencia Nacional sobre libertad de Expresión y acceso a la información, San José, Costa Rica, 2013. Disponible en línea en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/2013%2005%2020%20JURISPRUDENCIA%20DOMESTICA%20SOBRE%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20Y%20AI.pdf>

<sup>371</sup> “185. Por su parte, en la decisión de amparo en revisión 168/2011, del 30 de noviembre de 2011, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México reconoció la existencia de un límite a la reserva de la información sobre averiguaciones previas en materia penal. Según esta excepción ‘no puede alegarse el carácter de reservado cuando la averiguación previa investigue hechos constitutivos de graves violaciones a derechos humanos o delitos de lesa humanidad’. Esta afirmación encuentra sustento en términos generales en la ‘posición preferencial’ del derecho de acceso a la información ‘frente a los

sobre acceso a la información pública relacionada con investigaciones sobre violaciones de derechos humanos.<sup>372</sup> En el rubro de jurisprudencia sobre la admisibilidad de las limitaciones impuestas a la libertad de expresión: marco general, con respecto a la Suprema Corte, dicha relatoría hace la siguiente precisión:

“73. En igual sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha indicado en jurisprudencia reiterada que ‘la regla general es que las personas pueden expresar libremente sus opiniones sin limitación alguna’. En esa medida, el tribunal ha estimado que para que sean consideradas legítimas, ‘las restricciones al derecho a la libertad de expresión e información deben estar fijadas por la ley, buscar la protección de alguno de los intereses o bienes jurídicamente tutelados por el artículo 13.2 de la Convención Americana y cumplir con criterios de razonabilidad y proporcionalidad’ <sup>373</sup> (el subrayado es nuestro). En

---

intereses que pretenden limitarlo, así como su operatividad por regla general frente a las limitaciones que excepcionalmente se establezcan en la ley’, en ibídem, pp. 63-64, ver la referencia directa al juicio de amparo en revisión mencionado en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/>

<sup>372</sup> “Jurisprudencia sobre acceso a la información pública relacionada con investigaciones sobre violaciones de derechos humanos. 193. la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en decisión de amparo en revisión 168/2011, del 30 de noviembre de 2011, ordenó a la Procuraduría General ‘permitir acceso y otorgar copias certificadas de la averiguación previa’ a la peticionaria, en relación con las pesquisas judiciales sobre la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco. A pesar de que la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública de México establece desde el 2002 la prohibición de invocar la reserva de los expedientes cuando se trate de la ‘investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad’, la Procuraduría General de la República se había negado a facilitar el acceso a las averiguaciones previas. Con esta decisión la Suprema Corte sienta un importante precedente en materia de acceso a la información pública relacionada con la defensa de los derechos humanos. 194. En este caso, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México consideró que ‘en materia de derecho a la información pública, la regla general en un Estado democrático de Derecho debe ser el acceso y máxima publicidad de la información’, cuyas excepciones ‘por mandato constitucional, deben estar previstas en leyes en sentido formal y material’. 187. Asimismo, reconoció el doble carácter del derecho de acceso a la información, ‘como un derecho en sí mismo, pero también como un medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos’ caso en el cual ‘el derecho de acceso a la información es la base para que los gobernados ejerzan el control respecto del funcionamiento institucional de los poderes públicos’”, *ibíd.*, pp. 67 y 68 ver la decisión en Suprema Corte de Justicia de la Nación. Primera Sala, 30 de noviembre de 2011. Amparo en Revisión 168/2011. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/expedientes/>

<sup>373</sup> Sentencia de Amparo en Revisión 248/2011, de 13 de julio de 2011, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/11002480.002.doc> y también la Sentencia de Amparo en Revisión 248/2011, de 13 de julio de 2011, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/11002480.002.doc>, en la sección: Jurisprudencia sobre la necesidad de que las limitaciones se encuentren fijadas por ley, de manera clara y precisa, del documento de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Jurisprudencia nacional sobre libertad de expresión y acceso a la información = National jurisprudence on freedom of expression and access to information*, Washington, OEA, 2013, p. 25

la resolución de amparo se hace referencia a la razonabilidad y proporcionalidad constitucionales.

La mencionada reforma de febrero establece un andamiaje institucional para la garantía del acceso a la información,<sup>374</sup> a pues el artículo 6 en su fracción I, prescribe:

“ I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el *principio de máxima publicidad*. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información.”

Esta fracción señala los criterios para que determinada información pueda hacerse pública, se trata de los siguientes:

-un criterio subjetivo (atendiendo al carácter del sujeto que la posee), aquellos sujetos que sean autoridades, entidades, órganos u organismos de los tres poderes y en los tres ámbitos, así como órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos;

-delimitación económica;

---

<sup>374</sup> De acuerdo con el ARTÍCULO ÚNICO del decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 2013, se impactaron un gran número de disposiciones constitucionales, se reformó el apartado A del art. 6 en sus fracciones I, IV y V, además de adicionarse una fracción VIII. Las disposiciones constitucionales se extendieron al art. 73 al cual se adicionaron las fracciones XXIX-S y XXIX-T, se adicionó una fracción XII al artículo 76 y se recorrió la siguiente. Por su parte, en el art. 89, fue modificada su fracción XIX; además, en el art. 105 se reformó el inciso l) de la fracción I y se adiciona el inciso h) a la fracción II, mientras que se reformó el párrafo tercero del art. 108, y los párrafos primero y segundo del art. 110; se reformaron los párrafos primero y quinto del art. 111, y se adicionó una fracción VIII al art. 116, finalmente en el art. 122 se adiciona un inciso ñ), con lo que se recorrieron sus incisos en la fracción V, de la Base Primera del Apartado C. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_215\\_07feb14.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_215_07feb14.pdf)

-carácter temporal de la limitación por interés público y razones de seguridad nacional;

-carácter legal de la limitación en caso de reserva, confidencialidad, inexistencia o negativa de la información (fracción II); y

-principio de máxima publicidad como presupuesto.

**i. El Instituto federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales, IFAI**

El 20 de julio de 2007 entró en vigor una reforma constitucional al artículo 6° por medio de la cual se creó un organismo autónomo, especializado, imparcial, autonomía técnica, de gestión, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales que se desarrollaría de conformidad con la ley<sup>375</sup>, se refería a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Mediante la reforma de 7 de febrero de 2014 se estableció en la fracción VIII que:

“La Federación contará con un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley.”

El organismo autónomo se rige por los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y máxima publicidad de los sujetos señalados en la fracción I del art. 6., y sus resoluciones son vinculatorias, definitivas e inatacables para los sujetos obligados.

Este organismo se iría transformando y acrecentando sus capacidades para la efectividad del derecho de acceso a la información. Se destacan en ese sentido, algunas notas de la reforma de febrero que impactan al IFAI: se amplió como referimos, la competencia de la SCJN en dos casos; primero, en materia de resolución de controversias constitucionales art. 105, numeral I., fracción reformada. “I) Dos órganos constitucionales autónomos, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión sobre la constitucionalidad

---

<sup>375</sup> Sin embargo, la última reforma del 7 de febrero de 2014 señala ahora, las características de este órgano: colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que representa la evolución del organismo plasmado en 2007, el cual se integra por siete comisionados que durarán siete años en su cargo, nombrados por la Cámara de Senadores

de sus actos o disposiciones generales. Lo dispuesto en el presente inciso será aplicable al organismo garante que establece el artículo 6o. de esta Constitución.”

En segundo lugar, se implementó en el numeral I, concerniente a las acciones de inconstitucionalidad (posibilidad de solicitar que la SCJN se pronuncie sobre la posible contracción entre una norma “de carácter general” y la Constitución, facultándose para interponerlos al IFAI y los organismo análogos en las Entidades Federativas): “h) El organismo garante que establece el artículo 6o. de esta Constitución en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los organismos garantes equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y el órgano garante del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.”

Como se señaló, en materia de restricciones es posible distinguir algunos elementos que integran el estándar jurídico de la libertad de expresión y sus límites, o consideraciones jurídicas que se establecen para conducir el ejercicio de la libertad de expresión en un determinado sentido y que la doctrina jurídica ha denominado *restricciones* añadiéndole el calificativo de *legítimas*. Dichas restricciones se desarrollan en los ámbitos internos y en los sistemas de protección de los derechos humanos que funcionan de manera subsidiaria y complementaria al ámbito interno; la relación que se produce en ambos sistemas es de armonización normativa y debe serlo en los criterios que se generan en ambos sistemas, y no a razones de jerarquía, excepto a nivel interno, en el caso de las leyes con respecto a la Constitución.

La armonización de los criterios debe serlo tanto al interior del Poder Judicial como respecto de sus decisiones y los criterios emanados de órganos supranacionales subsidiarios. Se advierte un fenómeno contrario, en este caso, que cobra relevancia en cuanto al establecimiento de límites generales a los derechos humanos, como los señalados por criterios interpretativos de la de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ese fue el caso de la contradicción de tesis del 3 de septiembre de 2013, por la cual la este órgano jurisdiccional resolvió que, en relación a las limitaciones a los derechos humanos, prevalecía el texto de la Constitución y no los tratados, ni la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es decir, que cuando la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional; parece una resolución regresiva y opuesta al principio *pro persona* y de progresividad que caracteriza a los derechos humanos, además, resulta ajena a

los parámetros reconocidos en el derecho mexicano y va en contra del espíritu de la Convención Americana. Lo cierto es que al final del camino, será la Suprema Corte quien, con esta interpretación inconstitucional y opuesta a la Convención Americana, quien decida sobre la posibilidad de que se establezcan restricciones a los derechos humanos y en contravención al espíritu de la reforma de 2011 y la Constitución. No obstante, la Suprema Corte siempre tendrá oportunidad de retroceder y adecuar su criterio al espíritu de la Constitución. La supremacía de la Constitución, si es que ese es el remoto motivo de discusión, no resulta afectada u opuesta a la protección más amplia que se puede lograr con apoyo en criterios de otras instancias especializadas en cuanto a su ámbito competencial en la protección de los derechos humanos.

## ii. **La suspensión y restricción de derechos en el art. 29 constitucional (estado de excepción)**

El artículo 1° señala que “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 cuales se enuncian en el artículo 29 donde se establece el procedimiento para la suspensión o restricción de derechos por motivos de: invasión, perturbación grave de la paz pública o grave peligro o conflictividad social. Las características de esa restricción son: su establecimiento por un tiempo limitado, mediante prevenciones generales; fundada, motivada, proporcional al peligro que se enfrente y apegada a los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Llaman la atención dos de los principios enunciados: proclamación y publicidad, pues son dos caras de un solo fenómeno. De acuerdo con la iniciativa presidencial enviada a la Cámara de Senadores el 21 de octubre de 2013, con la finalidad establecer una ley para los estados de excepción, se señala que el principio de proclamación consiste en:

“El significado de la proclamación es asegurar que la población afectada tenga exacto conocimiento de la amplitud material, territorial y temporal de la aplicación de medidas de emergencia y su impacto en el goce de los derechos humanos. En efecto resulta impensable que se pueda ocultar a la población que se vive una situación de crisis y menos aún la existencia de restricciones al ejercicio de sus propios derechos.”<sup>376</sup>

---

<sup>376</sup> <http://www.presidencia.gob.mx/wp-content/uploads/2013/10/1-Iniciativa-LEY-REGLAMENTARIA-DEL-ARTICULO-29.pdf>



Desde nuestra perspectiva, el “principio” de proclamación queda subsumido en el de motivación y en la publicación.

La Constitución señala los siguientes derechos como imposibles de suspender o restringirse:

“En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.”<sup>377</sup>

### **iii. Restricción a la información para promoción personal**

El artículo 134 constitucional se refiere al manejo de los recursos públicos, los cuales, en materia de información oficial de los tres órdenes de gobierno, señala dos prohibiciones: primera no podrá servir para fines educativos, institucionales o de orientación social; y segunda, no podrá servir a la promoción personalizada de algún servidor público mediante la utilización de nombres, imágenes, voces o símbolos.

### **iv. El criterio de proporcionalidad**

La cuestión de la proporcionalidad significa una valoración que hace el intérprete de la ley ante la existencia de dos o más derechos que se contraponen, donde debe mediante un ejercicio de ponderación, para decidir de manera que se lesione en menor medida el ejercicio de los derechos que se encuentran en conflicto. En otras palabras, una decisión apoyada en algún criterio de proporcionalidad no es otra cosa que la expresión cuantitativa y cualitativa de un análisis llevado a cabo por un determinado operador del derecho, donde su acción y las decisiones deben tender hacia el menor daño de entre al menos dos intereses en conflicto. En un ejercicio de proporcionalidad, el operador del derecho toma en cuenta precisamente la *facticidad* del derecho, o mejor dicho, de varios derechos. Normalmente, la expresión legal suele ser limitada cuando se trata de orientar la decisión o solución de un conflicto sobre intereses y derechos contrapuestos.

---

<sup>377</sup> Este artículo de la reforma hace eco del art. 27.2. que enuncia los mismos derechos frente a los cuales no cabe suspensión.

Además de los ordenamientos jurídicos (leyes, tratados y normas constitucionales) existen otros elementos que auxilian al juez a tomar una decisión con miras a brindar la protección más amplia de los derechos humanos, podemos mencionar al respecto, los principios generales del derecho, otros principios jurídicos, y los principios aplicables a los derechos humanos como el *pro persona* o *pro homine*, las decisiones previas y los diversos estándares que se han construido para el ejercicio de los diversos derechos existentes en el ámbito de los organismos internacionales (ONU, la OEA, la Unión Europea y la Unión Africana), algunas declaraciones especializadas, como pueden ser los Principios de Lima sobre la libertad de expresión; así como los estándares producidos con participación de la sociedad civil representados por organizaciones no gubernamentales que funcionan a nivel global con la participación de especialistas provenientes de esos organismos internacionales, como son las declaraciones de principios, las cuales han adquirido un gran nivel de especialización, por ejemplo: en materia de libertad de expresión, los Principios de Johannesburgo, la Declaración de Atlanta y Plan de Acción para el Derecho de acceso a la información, los Principios de Camden y Principios de Tshwane, de los cuales nos referiremos adelante.

Sin embargo, en el caso de los estándares, éstos se refieren a los derechos en un sentido abstracto y a los derechos cuya titularidad es colectiva; un ejemplo de lo anterior, tomando en consideración a la libertad de expresión puede ser la protección de la libertad de manifestación ante la amenaza de su suspensión frente al ejercicio de la libertad de tránsito; o bien la protección de datos personales, la restricción de las comunicaciones frente a la protección de la seguridad, e igualmente la participación de algún sector en las telecomunicaciones como en el caso de radiodifusoras comunitarias. Reiterando, la proporcionalidad puede verse como una técnica de la decisión judicial mediante la cual, se requiere sopesar distintos derechos e intereses, de manera que la solución del operador jurídico provoque la menor afectación entre derechos e intereses contrapuestos.

#### **v. El amplio parámetro interpretativo de la Ley Federal de Transparencia**

La ley Federal de Transparencia entró en vigor el 11 de junio de 2002 y mediante sucesivas reformas se fue adecuando al texto constitucional, éste ya garantizaba el derecho de acceso a la información, pero la ley ha ido ajustándose hasta coincidir constitucionalmente, no obstante, mediante una reforma publicada el 6 de junio de 2006, se incluyeron en ella como parámetros interpretativos a los derechos contenidos en los tratados, de acuerdo con el segunda párrafo del artículo 6° que citamos:

“El derecho de acceso a la información pública se interpretará conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos internacionales especializados.”<sup>378</sup>

Acerca de los parámetros interpretativos de los tratados, coincidimos con Jorge Ulises Carmona Tinoco cuando señala que las normas de los tratados como disposiciones susceptibles de interpretación, y en cuanto a que en materia de derechos humanos, éstos ocupan el lugar cúspide de la “pirámide normativa”, y las cuestiones sobre la prevalencia entre las normas, encuentran una solución a partir del ámbito material, si los tratados son de derecho humanos, éstos tiene el mayor nivel, además, debe considerarse que prevalecerá en todo caso, la protección más amplia, donde sirven de apoyo el principio *pro persona*, la interpretación conforme y la ponderación.<sup>379</sup>

Además de señalar los cánones interpretativos; semántico, atinente al significado de las palabras, frases y signos; sistemático, relativo a las disposiciones en relación con otras del sistema y canon teleológico, acerca del objeto y fin de la disposición; nos advierte ese autor de la necesidad considerar a partir del principio *pro persona*, la prelación de una norma proveniente de un tratado generado en un sistema, respecto de otra generada en un distinto ámbito o sistema. Nos insiste el autor que entre los tratados de derechos humanos, cuando se abocan sobre una materia, existe una relación de complementariedad.<sup>380</sup>

Retomando el significado de la reforma a la Ley de Transparencia, ésta apunta no solo a los instrumentos que consagran el derecho de acceso a la información, sino a todo instrumento internacional que señale la posibilidad de acceder a información en manos del Estado, como aclaramos, puede interpretarse de conformidad con los tratados; ésta es una interpretación muy extensiva que hacemos del precepto, aunque pudiera señalarse que se refiere a los derechos humanos por cuanto señale organismos especializados, aunque las posibilidades de acceder a información en el ámbito internacional se potencia con esa permisión

---

<sup>378</sup> Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, consultar en: <http://www.diputados.gob.mx/>

<sup>379</sup> Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Los tratados sobre derechos humanos”, *XIII Ciclo de conferencias de Actualización Judicial*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal - Instituto de Estudios Judiciales, 2013, p. 66 y 67.

<sup>380</sup> *Ídem*.

de la ley en su interpretación acorde a la Constitución y con el principio de máxima publicidad y el de progresividad, que alcanza a los preceptos de esa ley, pues se trata de un ordenamiento que establece las formas de ejercicio de un derecho humano.<sup>381</sup>

La prescripción de atender a criterios especializados, abre la puerta a la protección más amplia de los derechos a su mejor entendimiento y por tanto, comprensión de sus dimensiones y alcances de la libertad e información en materia de acceso, puesto que la interpretación de estos agentes especializados se encuentra dotada de un gran dinamismo. En ese sentido, se debe tomar en cuenta también los parámetros señalados en esas interpretaciones especializadas, para determinar las limitaciones a los derechos.

#### **vi. La limitación al acceso a la información impuesta como reserva y confidencialidad legales**

La interpretación del derecho humano de acceso a la información implica las referencias a sus limitaciones, que es una de nuestras inquietudes, se encuentra delimitada por los límites exteriores sobre el ejercicio del derecho, los cuales se plasman regularmente en la ley. Por otra parte, debe señalarse que las condiciones para el ejercicio de un derecho son una cuestión distinta de las restricciones, y es el caso que el derecho de acceso a la información se ejerce con base en los criterios del art. 8 constitucional para el ejercicio del derecho de petición: por escrito, respetuosa y pacíficamente. Incluso conviene señalar que actualmente existen condiciones materiales y tecnológicas para la accesibilidad en el caso de personas con alguna discapacidad que debe tomarse en cuenta. Entre las características de los derechos humanos se enuncian su inalienabilidad, interrelación e interdependencia y universalidad, y debe mencionarse su accesibilidad.

Por su parte, el párrafo sexto de la fracción VIII del apartado A del artículo 6° constitucional, señala que: "La ley establecerá aquella información que se considere reservada o confidencial", y la Ley federal mencionada señala las excepciones o límites al derecho humano de acceso a la información que son: la reserva y la confidencialidad. La reserva es aquella caracterización que hace una autoridad acerca de información que posee, en virtud del cual se abstendrá

---

<sup>381</sup> Por otra parte, la referencia a organismos internacionales que estudian la materia de libertad de expresión y acceso a la información, trata diferentes instituciones como: a) organismos jurisdiccionales (cortes de derechos humanos); b) organismos *cuasi jurisdiccionales* y organismos creados en virtud de los tratados (Comisión interamericana, relatorías de ONU y de esa comisión, comités de Naciones Unidas; y c) mecanismos especiales como relatorías (Interamericana y de las Naciones Unidas).

justificadamente y por un tiempo determinado de divulgar dicha información; por su parte, la confidencialidad es una característica de cierta información que debido a su carácter sensible o a la determinación de la ley, las autoridades están imposibilitadas para divulgarse. Los medios de comunicación han difundido la idea de que existe información clasificada, en realidad, la denominación completa es información clasificada como reservada.

La ley señala en su art. 13 algunas circunstancias para que la información en poder de las autoridades se clasifique,<sup>382</sup> mientras que el art. 14 señala casos de clasificación por ley, con la salvedad de que no podrá invocarse el carácter de reservado cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad, en términos de ese precepto es reservada aquella información.<sup>383</sup> Debe agregarse también, la circunstancia contenida en el art. 18 sobre la información confidencial, aquella entregada con tal carácter por los particulares a los sujetos obligados, así como los datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización en los términos de esta Ley; lo anterior en términos del art. 19 de esa ley, que señala para los particulares, cuando los documentos contengan información confidencial, reservada o comercial reservada, que siempre tengan éstos el derecho de reservarse la información.

#### **D) Mención de algunos ámbitos recogidos en las leyes, en relación con la libertad de expresión**

Con relación a los límites a la libertad de expresión existe un sin número de disposiciones que se relacionan, no nos referiremos en esta ocasión por considerar que su tratamiento excedería el propósito de este trabajo, sin embargo, pueden mencionarse el Código Penal Federal (publicado en el Diario Oficial de la

---

<sup>382</sup> Será reservada aquella información que pueda: I. Comprometer la seguridad nacional, la seguridad pública o la defensa nacional; II. Menoscabar la conducción de las negociaciones o bien, de las relaciones internacionales, incluida aquella información que otros estados u organismos internacionales entreguen con carácter de confidencial al Estado Mexicano; III. Dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país; IV. Poner en riesgo la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona, o V. Causar un serio perjuicio a las actividades de verificación del cumplimiento de las leyes, prevención o persecución de los delitos, la impartición de la justicia, la recaudación de las contribuciones, las operaciones de control migratorio, las estrategias procesales en procesos judiciales o administrativos mientras las resoluciones no causen estado.

<sup>383</sup> "I. (La) que por disposición expresa de una Ley sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial; II. Los secretos comercial, industrial, fiscal, bancario, fiduciario u otro considerado como tal por una disposición legal; III. Las averiguaciones previas; IV. Los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio en tanto no hayan causado estado; V. Los procedimientos de responsabilidad de los servidores públicos, en tanto no se haya dictado la resolución administrativa o la jurisdiccional definitiva, o VI. La que contenga las opiniones, recomendaciones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos, hasta en tanto no sea adoptada la decisión definitiva, la cual deberá estar documentada. "

Federación, DOF, el 14 de agosto de 1931) y los Códigos locales, que tutelan distintos bienes jurídicos relacionados con el uso de información como pueden ser los que protegen el honor o la seguridad de la Nación, o los delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, o bien la revelación de secretos y el acceso ilícito a sistemas y equipos de informática; pueden señalarse las normas de los Códigos Civiles, federal (25 de mayo de 1928) y locales, en cuanto a la protección de la personalidad, el nombre y el daño moral; también, resultaría necesario mencionar las disposiciones a la materia de la comunicación como la Ley del Servicio Postal Mexicano (DOF 24 de diciembre de 1986), La Ley Federal de Radio y Televisión (DOF 19 de enero de 1960), la Ley Federal de Telecomunicaciones (DOF 7 de junio de 1995), la Ley Federal de Cinematografía (DOF 29 de diciembre de 1992); la Ley Federal de Archivos (DOF 23 de enero de 2012), entre otros importantes ordenamientos.

En cuanto a los sujetos que ejercen el derecho a la libertad de expresión, también pueden mencionarse las leyes para la protección de personas defensoras de derechos humanos y periodistas (DOF del 25 de junio de 2012), o la Ley Federal de Asociaciones religiosas y culto público (DOF 16 de enero de 2012), y los reglamentos del Congreso y de las Cámaras de Diputados y Senadores, respectivamente (DOF, 20 de marzo de 1934, 24 de diciembre de 2010 4 de junio de 2010).

Por su importancia y por ser la más antigua, nos referiremos brevemente a la Ley sobre delitos de imprenta del 12 de abril de 1917, expedida por Venustiano Carranza que aún se encuentra vigente; su importancia radica en establecer en qué consisten los ataques a la moral, al orden o la paz pública; no debe dejar de mencionarse que se trata de un ordenamiento de con 97 años de vida que contiene criterios de 1917, emitidos en las circunstancias y contexto de ese año.

i) Los *ataques a la moral*, de acuerdo con su artículo 2º, se definen como aquellas manifestaciones sin importar el medio: 1) conque se defiendan o disculpen, aconsejen o propaguen públicamente los vicios, faltas o delitos, o se haga la apología de ellos o de sus autores; 2) ultraje u ofenda públicamente al pudor, a la decencia, o a las buenas costumbres o se excite a la prostitución o a la práctica de actos licenciosos o impúdicos, teniéndose como tales todos aquéllos que, en el concepto público, estén calificados de contrarios al pudor; y 3) la distribución, venta o exposición al público, de cualquiera manera que se haga, de escritos, folletos, impresos, canciones, grabados, libros, imágenes, anuncios, tarjetas u otros papeles o figuras, pinturas, dibujos o litografiados de carácter obsceno o que representen actos lúbricos (lujuriosos o impúdicos).

ii) Los ataques al orden o la paz pública, según el art. 3º de esa ley, son: 1) las manifestaciones maliciosas que tiene por objeto desprestigiar, ridiculizar o destruir las instituciones fundamentales del país; o con los que se injuria a la Nación Mexicana, o a las Entidades Políticas que la forman; 2) las manifestaciones “con la que se aconseje, excite o provoque directa o indirectamente al Ejército a la desobediencia, a la rebelión, a la dispersión de sus miembros, o a la falta de otro u otros de sus deberes; se aconseje, provoque o excite directamente al público en general a la anarquía, al motín, sedición o rebelión, o a la desobediencia de las leyes o de los mandatos legítimos de la autoridad; se injurie a las autoridades del país con el objeto de atraer sobre ellas el odio, desprecio o ridículo; o con el mismo objeto se ataque a los cuerpos públicos colegiados, al Ejército o Guardia Nacional o a los miembros de aquéllos y éstas, con motivo de sus funciones; se injurie a las naciones amigas, a los soberanos o Jefes de ellas o a sus legítimos representantes en el país; o se aconseje, excite o provoque a la Comisión de un delito determinado.” 3) “La publicación o propagación de noticias falsas o adulteradas sobre acontecimientos de actualidad, capaces de perturbar la paz o la tranquilidad de la República o en alguna parte de ella, o de causar el alza o baja de los precios de las mercancías o de lastimar el crédito de la Nación o de algún Estado o Municipio, o de los bancos legalmente constituidos.”

### **III. Restricciones a la libertad de expresión en el derecho de fuente externa**

Los tratados de derechos humanos han determinado los alcances de la libertad de expresión, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 19 señala en su numeral 1 que nadie puede ser molestado a causa de sus opiniones; mientras en su numeral 2, determina el contenido de esa libertad, en la ambivalencia que señalamos, como: libertad de expresión y como acceso a la información, en los términos siguientes:

“2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

Adelante, señala ese precepto que las restricciones deben establecerse en la ley y deben ser las necesarias para establecer: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; y b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En ese artículo se han señalado algunas restricciones, artículo 20. 1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

Por su parte, la declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>384</sup> establece en su artículo: IV. El derecho de toda persona a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio. Sin embargo, uno de los principales instrumentos del sistema americano de protección de los derechos humanos es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mejor conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos celebrada en San José, Costa Rica entre el 7 al 22 de noviembre de 1969<sup>385</sup> prescribe:

#### Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de

---

<sup>384</sup> Aprobada durante la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948. Resulta adecuado referirse también al artículo XXIX. Que establece que: “Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad”. Otro instrumento lo constituye la Declaración de principios sobre libertad de expresión, Washington, EEUU, 2000.

<sup>385</sup> Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención. Depositario: Secretaría General OEA (Instrumento Original y Ratificaciones). Serie sobre Tratados OEA N° 36 – Registro ONU 27/08/1979 N° 17955.



información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

En íntima relación con este derecho se encuentra el derecho de rectificación y respuesta, no es casual que se encuentre luego de la consagración de derecho a la libertad de expresión, puesto que se convierte en una consecuencia necesaria, o bien, una garantía intrínseca de los derechos de los particulares y en general, de aquellas personas afectadas por el ejercicio desproporcionado de la libertad de expresión.<sup>386</sup> No son comunes los casos en los que una norma de derechos humanos indique el sentido preciso que seguirá el derecho interno al armonizar su legislación en congruencia con los contenidos de los derechos humanos y a su interpretación, o bien su forma de protección. Ello da cuenta de la importancia de este derecho y del entendimiento de sus alcances y limitaciones. Sin embargo existieron en la conferencia especializada de 1969, algunas voces que, como la representación de Chile, consideraron inapropiada la inclusión en el proyecto de convención del derecho de rectificación y respuesta.<sup>387</sup> El derecho de rectificación

---

<sup>386</sup> *Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta*

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio, a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

<sup>387</sup> Resulta importante conocer las Observaciones del Gobierno Chileno hechas al proyecto de Convención sobre derechos humanos, en particular, la observación 8, del 7 de septiembre de 1969. En dicho documento se señaló como dudosa, la conveniencia de incluir el artículo 13 derecho de *rectificación y respuesta*, del proyecto de tratado (hoy 14 de la Convención), reconociendo que incluso la Comisión Interamericana eliminó este artículo de su proyecto con el propósito de lograr el 'el mayor número de Estados que pueda suscribir o ratificar el proyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos'; en esa ocasión, pensamos, las razones fueron de instrumentación, más que de contenido, ver: Organización de Estados Americanos, *Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos. 7-22 noviembre de*

o respuesta se refiere al ejercicio de la libertad y es en sí, una forma de control para ese derecho; no establece una forma de límite, pero sí delinea los efectos del ejercicio desproporcionado de esa libertad, y una vía para retornar a la situación previa, quizá una forma de restitución o mecanismo de reparación expresado en un derecho sustantivo. La vaguedad de la expresión “afectada”, lleva a considerar la rectificación como un efecto mediatizado por una resolución jurisdiccional o *cuasi jurisdiccional*, de organismos que en algún momento podrían determinar algún grado de afectación.

#### **A) Las restricciones a los derechos de acuerdo con algunos criterios de Comité de Derechos Humanos de la ONU**

El establecimiento de restricciones a los derechos humanos es un tema que impacta en el diseño de los mecanismos para su ejercicio, si bien existen derechos de acceso inmediato, en otros casos como en el de la libertad de expresión, las legislaciones de los Estados deben cumplir una importante labor de regular sus alcances y debe procurarse que esa regulación de los derechos humanos en el fuero doméstico no se convierta en una limitación tan asimétrica y desproporcionada que a su vez constituya una violación o menoscabo injustificado a su ejercicio, y por tanto, a su goce y disfrute. Esta afirmación se aplica igualmente a las normas que se originan en el ámbito interno como a las que surgen a nivel internacional, de lo contrario significaría que los criterios normativos surgidos en el ámbito externo de los Estados sean mejores o más amplio benéfico al ejercicio de los derechos humanos, o en palabras más breves, que un ámbito es más protector que otro o mejor, ello no es correcto. Debe tenerse presente que son ámbitos que tratan sobre los mismos derechos, una diferencia radica en que a nivel internacional, por ejemplo, el compromiso de los Estados se manifiesta ampliamente, pues el proceso de celebración de los tratados o su adopción es “facultativa”, mientras en el ámbito interno el compromiso de los Estados deriva de la misma razón de que los estados existan, proveer de seguridad y protección a la

---

1969. San José, Costa Rica. *Actas y Documentos*, EEUU, Washington, pág. 40. Versión electrónica consultable en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/enlaces/Conferencia%20Interamericana.pdf>

No debe perderse de vista que en el contexto de las Naciones Unidas, existieron esfuerzos desde la Década de los 40 por proteger los intereses de los periodistas y la libertad informativa, lo que llevaría a suscribir una Convención Internacional sobre Rectificación, producto del Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos y de la Subcomisión de Libertad de información (que formó parte de la misma Comisión), del 31 de marzo de 1953, que entró en vigor el 24 de agosto de 1962, ver, Organización de las Naciones Unidas, *Recueil des Traités*, vol. 435, Nueva York, 1963, pp. 192-236, ver en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20435/v435.pdf>.

población, como en el caso del respeto de los derechos humanos, y en general de la legislación.

Lo que es una realidad es que la diversidad de criterios originados en el ámbito de las Naciones Unidas, a diferencia de los estándares normativos internos:

- derivan de diversas fuentes como son tratados, declaraciones y diversas resoluciones y recomendaciones;
- en ocasiones son más pormenorizados y especializados (lo que en ámbitos estatales solo pueden ser desarrollados en los ámbitos legales, incluso más que los textos constitucionales, que con frecuencia son reducidos);
- frecuentemente especialistas participan en su elaboración (quienes se desarrollaron en el ámbito interno); y
- algunos criterios son revisados con mayor frecuencia que los criterios legales porque su procedimiento de creación es más dinámico, tal es el caso de los informes que se generan a causa de las visitas por país.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta la Observación General número 34 del 12 de septiembre de 2011, emitida por el Comité de Derechos humanos, a través de la cual se interpreta el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, la interpretación de ese órgano, con respecto a las restricciones al derecho humano a la libertad de expresión en sentido lato (libertad de expresión en sentido estricto y acceso a la información), refiere de manera general las siguientes notas distintivas:

-las restricciones pueden referirse al respeto de los derechos, la reputación de otras personas, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública; de modo que en el establecimiento de limitaciones no debe invertirse la relación entre el derecho y la restricción (o entre la norma y la excepción), esto es que, la restricción no debe “poner en peligro” el ejercicio del derecho, en su caso, proteger otro de los derechos;

-las limitaciones deben encontrarse establecidas en la ley, y tratándose de normas relativas a la inmunidad parlamentaria y desacato a los tribunales, en esta deben establecerse elementos que orienten cuáles expresiones pueden o no restringirse; pueden incluirse las materias relativas a la información comercial, bancaria y relacionadas con el progreso científico; por otro lado, tampoco debe suprimirse mediante una ley o evitarse el acceso información de interés público legítimo, cuando no se vulnera la seguridad nacional, ni procesar por ello a periodistas, ecologistas, investigadores o defensores de derechos humanos cuando la difundan;

las restricciones deben cumplir pruebas estrictas de necesidad para el logro de un propósito legítimo; y

-las restricciones no deben ser excesivamente amplias y guardar la proporción con el interés que buscan proteger; dicha proporcionalidad (la cual se considera un principio) debe respetarse tanto en la expresión de la ley que determina las limitaciones, como por las autoridades administrativas y judiciales encargadas de su aplicación.<sup>388</sup>

## **B) Obligaciones del Estado**

Aunado a lo que en términos del Comité constituyen por su sola naturaleza obligaciones estatales y que completaremos al final de este apartado, y se expresan de modo particular, no pasa por alto que los alcances del derecho a la libertad de expresión hacen necesario un estudio de cómo es que las limitaciones a los derechos humanos deben presentarse en lo general; en primer lugar, partiendo del entendimiento de que los derechos humanos se interrelacionan respecto de su ejercicio; y en segundo lugar, de que el Estado es el primer obligado a conocer sus límites a fin de salvaguardar su ejercicio y dicha obligación no es un deber moral, sino una obligación jurídicamente exigible.

Los derechos humanos tiene distintas características entre las que se encuentran las de universalidad, interdependencia e indivisibilidad, lo cual implica que, con independencia de cualquier circunstancia se deben garantizar por los Estados en cuanto a su ejercicio, tomen en cuenta la complejidad de estos derechos como un conjunto, y además, que las determinaciones, límites o apertura sobre un derecho impactan el ejercicio de otros derechos; asimismo, que estos derechos se extienden para todas las personas y no se pueden entender de manera aislada, pues presentan entre sí interconexión y armonía, los derechos independientemente de que lo declare un tribunal o no, tienen una dimensión social, aunque su ejercicio se realice individualmente. Además, el ejercicio de los derechos humanos no se puede efectuar de manera desproporcionada pues encuentran un límite natural precisamente en el o los derechos consagrados en favor de otra u otras personas, el derecho limita al derecho mismo, es decir, los derechos y sus titulares se relacionan entre sí respecto a su ejercicio de forma inmediata a través de actos jurídicos y hechos con consecuencias jurídicas. En esta relación primaria particular-particular, ya sea de manera individual o de forma

---

<sup>388</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, *Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Observación General número 34 del 12 de septiembre de 2011*, CCPR/C/GC/34, emitida durante su 102 periodo de sesiones del 11 al 29 de junio de 2011, [www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.GC.34\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.GC.34_sp.doc)

colectiva, según el derecho de cuyo ejercicio de trate, es que se constituye el primer ámbito en el cual los derechos se vinculan entre sí, en una relación básica de respeto mutuo o determinación mutua.

El siguiente ámbito ocurre en el nivel particular-autoridad, donde la autoridad además de encontrarse constreñida a respetar el ejercicio de los derechos de los particulares, tiene el deber de garantizar, promover y su ejercicio, así como de abstenerse de violar o afectar negativamente el ejercicio de los derechos. De esta manera se concibe esta obligación estatal, de acuerdo con una interpretación que hace el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su observación general 31.

“La primera obligación es la de *respetar* los derechos, lo cual entraña, como la exigencia más obvia, que los gobiernos deben abstenerse de violar los derechos humanos. Esto suele también denominarse una obligación «negativa», o la obligación de no realizar determinados actos o prácticas.”<sup>389</sup>

La autoridad debiera conducirse e incluir en sus actividades cotidianas el respeto de los derechos humanos, de manera tal que procure crear el marco adecuado para su protección, en ese sentido se ha pronunciado también la Organización de las Naciones Unidas, al explicar dicha obligación estatal en términos de lo siguiente:

“La segunda obligación, *proteger* el disfrute de los derechos, va más allá: el Estado Parte no sólo debe abstenerse de violar los derechos de un individuo, sino que también debe proteger al individuo contra cualquier violación de sus derechos por terceros, ya sean particulares, empresas o entidades no estatales. Esto puede muy bien exigir una actuación positiva del Estado Parte; por ejemplo el establecimiento de un marco legislativo y normativo adecuado y la dotación de recursos suficientes para su puesta en práctica efectiva.”<sup>390</sup>

La determinación de esa Organización es clara, supone una actitud activa del Estado que implica la generación de normas adecuadas; la adecuación de dichas normas “jurídicas”, debe ser tal que favorezca el ejercicio de los derechos humanos en sus ámbitos individual o personal y también colectivo, en íntima relación y coherencia, es decir, armonizar el ejercicio de los derechos. Ello significa la adopción de medidas encaminadas a regular la conducta de los propios

---

<sup>389</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, *Derechos humanos. Derechos civiles y políticos: El Comité de Derechos Humanos. Folleto informativo N.º 15 (Rev. 1)*, Nueva York- Ginebra, 2005, pág. 5

<sup>390</sup> *Ídem*

agentes estatales, y además, se encamine su acción hacia la adopción de mecanismos jurídicos que permitan el goce y el ejercicio de los derechos humanos, donde, tanto agentes estatales de todos los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y como en el caso de México, de organismos con autonomía constitucional en sus distintos ámbitos federal y locales, así como los individuos, se encuentren contemplados; el Comité de Derechos Humanos ha orientado su criterio en ese sentido, como lo señala en su numeral 7, la Observación General número 31 de dicho órgano:

“7. El artículo 2 <del Pacto internacional> impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas. El Comité cree que es importante elevar los niveles de conocimiento acerca del Pacto no sólo entre los funcionarios públicos y los agentes del Estado, sino también entre la población en general.”<sup>391</sup>

De esa manera se prevé no sólo la generación de mecanismos legales, sino su difusión entre la población, quien es destinataria de dichas normas, una labor de índole pedagógico donde autoridades educativas y universidades cumplen un papel fundamental. Por otra parte, reconoce la importancia de la labor interpretativa del Poder Judicial en la protección de los derechos humanos, al referir la aplicación del pacto por sus integrantes, reconociendo notoriamente el carácter activo de ese órgano del poder, al precisar en el numeral 15 de dicha Observación general 31:

“15. En el párrafo 3 del artículo 2 <del Pacto>se dispone que, además de proteger eficazmente los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados Parte habrán de garantizar que todas las personas dispongan de recursos accesibles y efectivos para reivindicar esos derechos. Esos recursos se deben adaptar adecuadamente para tener en cuenta la vulnerabilidad especial de ciertas clases de personas, en particular los niños. *El Comité atribuye importancia a que los Estados Parte establezcan en el derecho interno mecanismos judiciales y administrativos adecuados para conocer de las quejas sobre violaciones de los derechos.* El Comité toma nota de que *el poder judicial puede garantizar el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto de distintas maneras, en especial mediante la aplicación directa del Pacto, la aplicación de disposiciones constitucionales u otras*

---

<sup>391</sup> Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. La índole (naturaleza) de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, Nueva York, 2004, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225 (2004), del 26 de mayo de 2004, aprobada el 26 de marzo de ese año durante la 2187ª sesión en su 80 periodo, en: [http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CCPR/00\\_2\\_obs\\_grales\\_Cte%20DerHum%20%5bCCPR%5d.html#GEN31](http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5bCCPR%5d.html#GEN31)

*disposiciones legislativas similares o el efecto de la interpretación del Pacto en la aplicación de la legislación nacional.* Se requieren en especial mecanismos administrativos que den cumplimiento a la obligación general de investigar las denuncias de violación de modo rápido, detallado y efectivo por organismos independientes e imparciales. (...).<sup>392</sup> (el subrayado es nuestro)

Esta sección del comentario general aporta importantes notas para los órganos judiciales, aclara algunas formas sobre la aplicación del contenido del pacto, donde este:

- a) aplicarse directamente;
- b) expresado a través de disposiciones constitucionales; y
- c) mediante otras disposiciones del orden estatal.

Si bien, señala la necesidad de que se establezcan mecanismos judiciales y administrativos adecuados para conocer de violaciones a los derechos humanos, también establece que deben existir recursos accesibles y efectivos para proteger esos derechos, los cuales deberán tomar en cuenta las condiciones de los sujetos que sufren la afectación a sus derechos, fundamentalmente los niños, en cierto sentido, quienes pueden resultar más vulnerables.

Concretamente, acerca del tema de las restricciones a los derechos humanos, el mencionado órgano de Naciones Unidas, establece que:

“6. La obligación jurídica prescrita en el párrafo 1 del artículo 2 es tanto de carácter negativo como positivo. Los Estados Partes deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto. Cuando se introducen restricciones, los Estados deben demostrar su necesidad y adoptar únicamente las medidas que resulten proporcionales a la consecución de los legítimos objetivos para lograr una protección constante y eficaz de los derechos del Pacto. En ningún caso se deben aplicar las restricciones o invocarse de una manera que menoscabe la esencia de un derecho del Pacto”.<sup>393</sup>

---

<sup>392</sup> *Ídem*, numeral 6.

<sup>393</sup> *Ídem*

Aquí se vislumbran elementos básicos que deben reunir las restricciones que los Estados decreten sobre el goce y ejercicio de los mencionados derechos fundamentales, es decir:

a) Los Estados deben partir de la actitud previa que es a la vez, una obligación de abstención de violentar los derechos humanos. Es decir, es el punto de partida de la actividad estatal, la abstención de violación, y en ese sentido deben encaminar sus actos, es lo que constituye el presupuesto de la actividad estatal.

b) En segundo término se encuentra la prueba de la necesidad de las restricciones a dichos derechos. Se trata de un elemento necesario y para la restricción de los derechos humanos, recordemos el carácter absoluto y universal; lo que implica que no resulta posible su límite salvo en el caso de circunstancias determinadas que ameriten tomar una medida encaminada a su limitación.

c) Las medidas restrictivas de los derechos humanos deben tener el carácter de proporcionales a la circunstancia que supone su restricción, no puede dictarse una medida con alcances extraordinarios ni que limiten el ejercicio y goce de un derecho, en caso contrario, estaríamos ante un vulneración, quizá irreversible de los derechos humanos. Una situación diversa se establece en el caso de la suspensión de los derechos humanos en estados de excepción, sin embargo la relación de proporcionalidad de la medida que suspende los derechos humanos debe en todo caso tenerse presente, igualmente en el ámbito interno que en el supranacional.

Por último, retornando a las obligaciones estatales en torno a la libertad de expresión, de acuerdo con la interpretación de art. 19 del Pacto Internacional mediante la Observación número 34, en su párrafo 35 establece con claridad que “cuando Estado parte haga valer una razón legítima para restringir la libertad de expresión, deberá demostrar en forma concreta e individualizada la naturaleza precisa de la amenaza y la necesidad y la proporcionalidad de la medida concreta que se haya adoptado, en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza.”<sup>394</sup>

La interpretación del Comité refiere casos particulares de obligaciones estatales, por ejemplo: las restricciones no deben ser tendientes a evitar la crítica legítima y la oposición política, ni prohibirla sobre las instituciones como el ejército o la administración; los Estados deben brindar acceso equitativo a frecuencias de radio impidiendo monopolios Estatales y concentración de los medios; se debe

---

<sup>394</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *op. cit.* párrafo 35, *supra*, nota 388.



protegerla actividad periodística y respetar el derecho a no revelar las fuentes informativas; las medias contra actos de terrorismo debe respetar los términos del artículo 19 en su párrafo tercero. La interpretación del artículo 19 debe vincularse con lo señalado en el artículo 20 con respecto a la incitación a la propaganda en favor de la guerra, la apología del odio al odio (nacional, racial, religioso) la incitación a la discriminación y a la violencia.<sup>395</sup>

### **C) Limitaciones a los derechos de acuerdo con la práctica latinoamericana**

Lo anteriores estándares son aplicables a la práctica latinoamericana, donde se han precisado algunas posibles limitaciones a los derechos humanos, si bien los derechos en general, no se pueden limitar de manera arbitraria, los derechos básicos, humanos o fundamentales, aún con menor razón se deben acotar; es en ese sentido que los intérpretes de las normas jurídicas, es decir, sus operadores como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han generado una seria de determinaciones generales sobre cómo es que los derechos humanos, igualmente en circunstancias extraordinarias y muy precisas, se pueden afectar en su ejercicio o restringirse.

Una característica inherente a los derechos humanos es que pueden llevarse a cabo, tanto frente a un particular como ante una autoridad (el Estado), sin embargo, en ambos casos se encontrarán límites que son legítimos, y que éstos se dan en el mismo sistema de derechos, es decir, frente a otro derecho humano; la supresión de determinados derechos tampoco sería posible de manera completa; es en ese sentido preciso que los intérpretes de las normas que consagran los derechos humanos se han pronunciado, y la práctica jurisprudencial latinoamericana ha denominado *restricción*.

Las restricciones no pueden ocurrir de manera imprecisa, deben contar con un fundamento legal que les de sustento, conviene señalar cuáles pueden ser las características de las restricciones a los derechos humanos; para atender a esta cuestión, señalaremos a grandes rasgos que:

- las restricciones al goce y ejercicio de los derechos deben encontrarse consagradas en alguna ley;
- que dicha suspensión debe ser circunstancial, es decir, que dicha restricción, y no supresión de derechos, debe ser temporal;

---

<sup>395</sup> *Op cit, passim.*

-en seguida, dicha limitación debe ser tal que corresponda de manera proporcional con la circunstancia que pretende sobrellevar o que la generó; en ese sentido, ser proporcional significa no exceder algunos límites ni constituirse *per se*, como una violación a los derechos humanos, ya sea de índole individual o colectivo.

Por otra parte, acerca del establecimiento de alguna restricción a través de una ley o alguna expresión normativa que la determine, debe tomarse en cuenta que al igual que muchos otros derechos y deberes, los derechos humanos entre los que se encuentra la libertad de expresión, se encuentran consagrados en instrumentos internacionales conocidos como tratados, y por tanto, son normas jurídicas que tienen las características comunes de toda norma: generalidad, imperatividad, coercitividad, y heteronomía; también, que emanaron de un proceso de celebración que incluyó su negociación, adhesión, firma y ratificación; en una fase interna y propia de cada Estado, fue sometido a la aprobación del órgano legislativo respectivo y para cobrar plena vigencia, se publicó en el periódico oficial, como en el caso del procedimiento constitucional para la incorporación de los tratados al derecho interno; lo que significa que el derecho aun cuando se gestó en un contexto internacional, adquirió validez y vigencia interna gracias a haber sido emanado de un procedimiento en que hubo participación legislativa, de conformidad con el derecho interno.

En ese sentido, los órganos del poder, deben dirigir su actividad hacia el cumplimiento del tratado y no a su afectación, en virtud de las reglas para la celebración de tratados como determina la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 en su artículo 27, donde se establece el deber de los Estados parte de no invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, a la cual ya no habíamos referido con anterioridad.

La amplitud de la expresión *disposiciones de derecho interno* permite referirse en primera instancia, a las normas jurídicas que se crean en virtud de los procedimientos para la creación normativa que existen al interior de un Estado que abarca diferentes instrumentos de aplicación general como la propia Constitución, leyes, reglamentos, normas oficiales, lineamientos u otra especie de “disposiciones”, del derecho interno como parámetros. Esta prohibición admite una interpretación a partir del criterio de mayoría de razón, de manera que puede incluirse además de las diversas expresiones del derecho, a la interpretaciones de los ordenamientos que son elaboradas por las autoridades facultadas para establecer criterios interpretativos (materialmente jurisdiccionales); en igual sentido, pueden así como los derivados de la práctica de algunos organismos, como son normas de organización, criterios interpretativos que emite el Instituto

Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos,<sup>396</sup> y los diversos lineamientos en materia de acceso a la información, también emitidos por esa instancia.

#### **i. La Opinión Consultiva OC-6/86 y el sentido del concepto “ley”**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó un ejercicio sobre ese tópico en la Opinión consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986<sup>397</sup>, donde a solicitud de la República de Uruguay, señaló los alcances del término *leyes* en relación con el artículo 30 del Pacto de San José que prescribe:

“Artículo 30. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”

En el numeral 14 de esa opinión, la Corte reconoció la posibilidad de restringir o limitar los derechos consagrados en la Carta americana, identificando primero, los deberes de los Estados de proveer y garantizar el ejercicio de ciertos derechos, más adelante, señala que es posible efectuar restricciones al goce y ejercicio de derechos humanos:

“(…) En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados (art. 27). En condiciones normales, únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derechos…”

Asimismo, ese tribunal determina que la protección de los derechos humanos, donde se comprende la restricción al ejercicio de poder estatal, que parte de la idea de que existen atributos de las personas que no pueden ser “legítimamente menoscabados” por el poder público, afirmando que en dichas esferas el Estado sólo puede “penetrar limitadamente”.

---

<sup>396</sup> A la fecha, esa institución ha emitido 42 criterios sobre temas relacionados con el acceso a la información y la protección de datos que pormenorizan los alcances de las disposiciones legislativas que no se limitan exclusivamente a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información y la Ley de Archivo, sino que abarcan la totalidad de las disposiciones que pueden ser objeto de ese derecho, como es en general el estatuto de la administración pública y de cada entidad pública o que reciba algún financiamiento público, como se aclara en la fracción I del apartado A del artículo 6º.

<sup>397</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva oc-6/86. La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay, San José, Costa Rica, resuelta el 9 de mayo de 1986, disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_06\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf)

Más adelante, la Corte admite que se puede restringir el ejercicio de un determinado derecho, estableciendo una salvedad, es decir, que no constituya una violación de los mismos (numeral 17), y es puntual al señalar que no es posible agregar restricciones adicionales a las que impone la propia naturaleza de cada derecho, sino que la función del artículo 30 de dicho tratado es garantizar la legitimidad de las limitaciones, al disponer en su parte final dicho numeral:

“El artículo 30 no puede ser interpretado como una suerte de autorización general para establecer nuevas restricciones a los derechos protegidos por la Convención, que se agregaría a las limitaciones permitidas en la regulación particular de cada uno de ellos. Por el contrario, lo que el artículo pretende es imponer una condición adicional para que las restricciones, singularmente autorizadas, sean legítimas.”<sup>398</sup>

Dicha Opinión consultiva es de capital importancia al establecer tres condiciones para la restricción de los derechos consagrados en la Convención, y exige una interpretación armónica con otras disposiciones que refieran límites a los derechos, requiriéndose que la restricción sea expresa y autorizada por ese tratado, que se establezca por razones de interés general y que se por vía de una ley, estas circunstancias se observan claramente en letra de la Corte:

“18. Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

- a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;
- b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a ‘razones de interés general’ y no se aparten del ‘propósito para el cual han sido establecidas’. Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y
- c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.”<sup>399</sup>

Recordando la Declaración francesa de 1789, que en la parte final de su artículo 4 determina que los límites a los derechos “naturales” sólo pueden establecerse por la ley, y que dicha prescripción constituye un sólido fundamento del

---

<sup>398</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>399</sup> *Ibid.*, p. 7

constitucionalismo democrático (numeral 25 de la mencionada Opinión). Además, la Corte determinó que el término leyes que aparece en el artículo 30 tiene el sentido de ley formal, lo que significa que se trata de una norma adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el ejecutivo, de acuerdo con el procedimiento de cada Estado.

Para la Corte interamericana no es suficiente que se trate de leyes formales, también considera preciso que se encuentren *orientadas por el interés general*, lo cual significa que deben haber sido adoptadas en función del bien común, que ha de interpretarse como parte del orden público del Estado democrático, “cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad”<sup>400</sup>, de acuerdo con el numeral 29 y en referencia directa con la parte considerativa de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Dicho Tribunal reitera un criterio emitido en la opinión consultiva OC5-85, de 13 de noviembre de 1985, donde estudió el tema relativo a la colegiación de periodistas y manifestó lo siguiente:

“No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de 'orden público' y 'bien común', ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención...” (Criterio que sostiene la Corte y reitera en el numeral 31 de la referida Opinión).

Resulta evidente cómo la Corte Interamericana destaca que no puede desnaturalizarse a dichos conceptos para establecer limitaciones a los derechos humanos que no correspondan con el interés general; en adelante, coloca al concepto de legitimidad vinculado al de legalidad, esta relación se ciñe al ejercicio de la democracia representativa que se traduce, en palabras de la Corte: “en la

---

<sup>400</sup> *Ibíd.*, p. 8.

elección popular de los órganos de creación jurídica, en el respeto a la participación de la minorías y la ordenación del bien común.” De acuerdo con el numeral 32 de dicha Opinión.

Un ejemplo ilustrativo de cómo se deben pormenorizar, cuando existan, las restricciones a los derechos humanos, lo estudió la Corte Interamericana en el caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, resuelto el 6 de agosto de 2008, donde ese tribunal reconoció que, salvo casos excepcionales en que no pueden restringirse bajo ninguna circunstancia, los derechos humanos “no son absolutos”<sup>401</sup> pues reconoce la facultad de los Estados para regular o restringir los derechos humanos, la cual no se ejerce de forma discrecional, sino que se encuentra limitada por las exigencias del derecho internacional, en cuyo caso de incumplimiento se trataría de una “restricción ilegítima y contraria la Convención Americana.”<sup>402</sup>

En el mencionado contencioso, la Corte identificó diversos elementos o requisitos que se deben cumplir para regular o restringir los derechos y libertades que se consagran en la Convención que son:

- 1) la legalidad de la medida restrictiva;
- 2) la finalidad de la medida restrictiva; y
- 3) la necesidad de la medida en una sociedad democrática,
- 4) se puede entender como una característica general a la proporcionalidad de la medida restrictiva que a su vez comprende los siguientes aspectos:
  - i) la existencia de una necesidad social imperiosa - interés público imperativo y la elección del medio idóneo para la restricción;<sup>403</sup>
  - ii) la elección de un medio idóneo; y
  - iii) la proporcionalidad respecto del interés que se justifica y adecuación al logro del fin legítimo.

---

<sup>401</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 6 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 174.

<sup>402</sup> *Ídem*

<sup>403</sup> La cuestión resuelta en dicho caso se refiere a la limitación de derechos político-electoral, por lo que este aspecto se denominó en esta sentencia como: ii) La exclusividad en la nominación y el medio idóneo menos restrictivo para regular el derecho a ser votado.

1. *La legalidad de la medida restrictiva.* Este aspecto consiste en una evaluación de la medida restrictiva de los derechos, es decir, si cumple con el requisito de legalidad, lo cual: significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado, deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material.<sup>404</sup>
2. *La finalidad de la medida restrictiva.* Se considera que la limitación a los derechos humanos debe guardar relación con la finalidad de la medida restrictiva, lo que significa que: “la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos (por ejemplo las finalidades de protección del orden o salud públicas, de los artículos 12.3, 13.2.b y 15, entre otras), o bien, en las normas que establecen finalidades generales legítimas (por ejemplo, 'los derechos y libertades de las demás personas', o 'las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática', ambas en el artículo 32)” (párrafo 179 de la sentencia). De manera que se incluye el término de “restricciones legítimas”, al lado de “disposiciones específicas” como serían las que guardan relación con la protección de la salud pública y el mantenimiento del orden.<sup>405</sup>

Para el tratamiento de la libertad de expresión, se pueden señalar las siguientes disposiciones específicas que delinear su ejercicio: el respeto a los derechos y reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional y el orden público, la salud o la moral públicas.

3. *La necesidad de la medida en una sociedad democrática y la proporcionalidad de la medida restrictiva.* La Corte señala la existencia de un tercer requisito para efectuar una restricción en sobre un derecho reconocido por la Convención. Es decir, que una determinada restricción que sea permisible a la luz de la Convención, sea necesaria para una sociedad democrática. Este requisito es considerado como una pauta de interpretación usado para calificar a todas las restricciones a los derechos que la Carta Americana reconoce, de manera que con la finalidad de examinar si la medida restrictiva cumple con dicho requisito: la Corte debe valorar si la misma: a) satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que

---

<sup>404</sup> *Caso Castañeda vs. Estados Unidos Mexicanos*, párrafo 176.

<sup>405</sup> Respecto de dicho caso en el que se trata el tema de los derechos político-electorales, la Corte estima que las finalidades legítimas que las restricciones deben seguir se derivan de las obligaciones que se desprenden del artículo 23.1 de la convención.

restringe en menor grado el derecho protegido; y c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo” (párrafo 186 de la sentencia).

Acerca de la proporcionalidad que guarda la medida respecto de la restricción, la Corte señala la evaluación de las alternativas existentes para regular dicho derecho, y determinar que sean igualmente idóneas a la regulación que se considera violatoria de la Convención a fin de “precisar su mayor o menor grado de lesividad del derecho humano que se restringe”<sup>406</sup>

## ii. **La Opinión Consultiva OC-5/85 sobre la legalidad formal y material**

En el año de 1985, el Gobierno de Costa Rica solicitó al a Corte se pronunciara sobre la compatibilidad de los artículos 13 y 29 de la Convención en relación con la colegiación obligatoria de periodistas y la compatibilidad de la ley no. 4420 de Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica. La Corte emitió el 13 de noviembre de 1985, la Opinión Consultiva OC-5/85 donde se interpreta el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en materia de la libertad de pensamiento y de expresión, a continuación algunos aspectos interesantes.

En el numeral 31 de esa resolución, se afirma que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que “una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”, y es donde radica la importancia del régimen del periodismo. En el párrafo 32, aclara que en su dimensión social, esta libertad incluye el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista, opiniones y noticias, y afirma: “Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”; y en el 33 señala que sus dos dimensiones deben garantizarse simultáneamente. “No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor. Como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista. En el párrafo 34, aclara la Corte que los medios de comunicación social materializan el ejercicio de la libertad de expresión, y es indispensable, la pluralidad de medios, la prohibición de todo

---

<sup>406</sup> En referencia al párrafo 196 de la sentencia del Caso Castañeda.



monopolio y la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas.

El párrafo 35 reafirma que no significa que toda restricción a los medios de comunicación o, en general, a la libertad de expresarse, sea necesariamente contraria a la Convención, cuyo artículo 13.2 dispone que esa libertad no puede estar sujeta a censura previa, sino a responsabilidades ulteriores fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. La Corte señala en su numeral 36 que, como la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles, debe destacarse que las restricciones a los medios de difusión lo son también.

### **iii. Algunos rasgos de la jurisprudencia interamericana sobre libertad de expresión**

La protección de la libertad de expresión ha sido un tema recurrente en la práctica latinoamericana, principalmente en 14 contenciosos. Por lo que respecta a la competencia contenciosa se refiere a las resoluciones emitidas principalmente en los siguientes casos: 1 “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (2001), 2 Ivcher Bronstein vs. Perú (2001), 3 Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004), 4 Ricardo Canese vs. Paraguay (2004), 5 Palamara Iribarne vs. Chile (2005), 6 Claude Reyes y otros vs. Chile (2006), 7 Kimel vs. Argentina (2008), 8 Tristán Donoso vs. Panamá (2009), 9 Ríos y otros vs. Venezuela (2009), 10 Perozo y otros vs. Venezuela (2009), 11 Usón Ramírez vs. Venezuela (2009), 12 Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia (2010), 13 Gomes Lund y otros vs. Brasil (2010) y 14 Fontevecchia D'Amico vs. Argentina (2011). En relación con la competencia consultiva, destacan las opiniones consultivas OC-5/85, relativa al tema de la colegiación obligatoria de periodistas, y la opinión OC-7/86, acerca del derecho de rectificación, ya referidas.

En sus decisiones, la Corte Interamericana ha desarrollado una compleja estructura teórico-conceptual sobre diversos aspectos de este derecho básico. La libertad de expresión no debe entenderse de manera aislada respecto de otros derechos básicos, en razón de la interdependencia e interrelación que guardan los derechos humanos, aunque en la historia latinoamericana adquiere visibilidad ese derecho a causa de los procesos de democratización que ha vivido la región, los cuales no ocurren siguiendo un modelo o patrón, sino de manera pausada, desarrollándose por etapas, y su consecución adquiere la singularidad del contexto en que se generan.

Ese órgano jurisdiccional estudia el asunto de la libertad de expresión en diversos casos como es el paradigmático: “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile<sup>407</sup> refiriéndose al tema de la censura previa a causa de la exhibición de una obra cinematográfica. Dicho tribunal señaló que el Estado Chileno violentó sus obligaciones de respetar, proteger, promover los derechos humanos, por lo que lo instó a un cambio legislativo que se produciría con la reforma al artículo 19 en sus párrafos 12 y 25, del 25 de agosto de 2001.<sup>408</sup> La Corte destacó la doble dimensión (individual y social) de la libertad de expresión; sobre la primera dimensión, afirma que comprende “el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”<sup>409</sup>. La Corte señalaría el carácter indivisible de los derechos a expresar el pensamiento y del derecho a buscar, recibir, conocer y comunicar opiniones, relatos y noticias, así como a difundir informaciones, lo que constituiría su dimensión social.<sup>410</sup>

El tratamiento igual y la necesidad de que estas dimensiones sean garantizadas simultáneamente, encuentran sustento en la necesidad de que la sociedad se encuentre informada.<sup>411</sup> Otro aspecto interesante del caso es su autorreconocimiento como “supervisora”<sup>412</sup> de los valores de una sociedad

---

<sup>407</sup> En las sentencia dictada el 5 de febrero de 2001, La Corte declaró unánimemente que se violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en perjuicio de Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes; y además de condenar al Estado Chileno al pago de una indemnización.

<sup>408</sup> Se puso en marcha mediante la ley número 19.742.- Reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica, sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística, Sumario del Diario Oficial de la República de Chile del 25 de agosto de 2001, consultable en línea en: <http://www.doe.cl/fsumarios/2001-08-25/25000001.pdf>

<sup>409</sup> Ver la referida sentencia en el sitio: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.doc), pág. 27, párrafo 65.

<sup>410</sup> *Ídem*

<sup>411</sup> Párrafos 67 y 68 de la referida sentencia, pág. 28.

<sup>412</sup> Este papel pudiera realizarse por completo cuando ocurran circunstancias al interior de los Estados como son la generación de la legislación que permita la efectividad de las resoluciones internacionales de manera precisa y ágil; en materia de armonización legislativa, existen diversos intentos en América Latina para el cumplimiento de las sentencias y resoluciones generadas por la instancias internacionales, se destacan los ejemplos peruano con la Ley no. 27775 y el colombiano mediante la Ley 288. La Corte Interamericana ha encaminado sus esfuerzos a precisar el sentido de la armonización legislativa, el aspecto de la garantía de efectividad de las resoluciones internacionales como es el caso de las sentencias de la Corte interamericana de derechos humanos, constituye uno de sus caminos la amplitud y los sentidos de dicho proceso de armonización legislativo se encuentra mencionado en la sentencia del caso Fontevecchia D’Amico vs. Argentina, resuelto el 29 de noviembre de 2011, en cuyo párrafo 85 de los considerandos se afirma: “La Corte ha interpretado que la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. La primera vertiente se

democrática, que se cita la jurisprudencia de la Corte Europea, lo que da cuenta de la existencia de un diálogo jurisprudencial entre ambos tribunales<sup>413</sup>. En ese ejercicio se afirma que acorde con las demandas de una sociedad democrática (donde existe pluralismo, espíritu de apertura y tolerancia), la libertad de expresión admite las restricciones que deben ser proporcionales en relación con el fin legítimo que se persigue.<sup>414</sup> Asimismo, reitera, siguiendo a la jurisprudencia europea, que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades dependientes de la situación y del procedimiento técnico que se utilice.<sup>415</sup> En este caso, la Corte especifica el papel provisorio de algunas medidas o excepciones legítimas a la censura previa, tal es el caso de la protección a la moral de la infancia y adolescencia.

En el Caso Ivcher Bronstein vs. Perú,<sup>416</sup> mediante la condena al gobierno peruano por distintas violaciones a la esfera jurídica del ciudadano peruano por naturalización Baruch Ivcher Bronstein, quien había visto limitados sus derechos humanos, al ser accionista de una sociedad que tenía una televisora, por la que se realizaban críticas al gobierno, la Corte hace un reconocimiento de los alcances de

---

satisface con *la reforma, la derogación, o la anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda*. La segunda, obliga al Estado a *prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro.*" (El subrayado es nuestro). La reflexión de la Corte significa un reconocimiento de la importante labor preventiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en favor del respeto a los derechos humanos.

<sup>413</sup> Véase García Roca, Javier, *et al. El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos, Civitas-Thomson Reuters*, Pamplona, España, 2012, particularmente págs. 93-100.

<sup>414</sup> Se alude al artículo 10, numeral 2 de la Convención Europea de derechos humanos, que señala: 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial, y se afirma que "es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Ver párrafo 69 de la sentencia que se comenta, página 28.

<sup>415</sup> Se hace referencia directa pues se transcribe el segundo párrafo del numeral 49 del caso Handyside del 7 de diciembre de 1976, al señalar textualmente dicho órgano europeo: "The Court's supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a 'democratic society'. Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man. Subject to paragraph 2 of Article 10 (art. 10-2). (...) From another standpoint, whoever exercises his freedom of expression undertakes 'duties and responsibilities' the scope of which depends on his situation and the technical means he uses."

Además, se refiere en dicha sentencia al caso de *The Sunday Times*, del 26 de abril de 1979; al juicio *Barthold*, de 25 de marzo de 1985; al juicio *Lingens*, resuelto el 8 de julio de 1986; al caso *Müller y otros*, del 24 de mayo de 1988, y finalmente, el caso del Instituto *Otto-Preminger* contra Austria, del 20 de septiembre de 1994, ver la nota 18, de la párrafo 69 del caso *la Última tentación de Cristo*, *idem*.

<sup>416</sup> Ver la sentencia del 6 de febrero de 2001, en: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_74\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf)

las libertades de pensamiento y de expresión, al señalar las dimensiones individual y social, que deben garantizarse de manera simultánea, como señala en su parágrafo 146 de esta sentencia donde reitera el criterio expuesto en la Opinión Consultiva OC-5/85. Dicho tribunal recupera un aspecto básico de la libertad de expresión en su dimensión social es el derecho de utilizar cualquier medio para difundir la información al mayor número de destinatarios, de manera que la expresión, la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles y consustanciales al derecho “de todos” a conocer, así lo aclara en los párrafos 147 y 148. La Corte destaca el papel fundamental que tienen los medios de comunicación *como instrumentos de la libertad de expresión y no como vehículos para restringirla*, por lo que es necesario que recojan las más diversas opiniones.<sup>417</sup>

Un aspecto sustancial de este caso es el relativo a la protección de los periodistas, quienes deben gozar de independencia y protección adecuadas para que efectúen su labor social de informar. También, reconoce la Corte el derecho de que existan opiniones disidentes y se manifiesten, como aclara en el párrafo 150; en seguida, dicho tribunal hace una reflexión sobre el papel del orden público, una noción que reclama el respeto y garantía a la circulación de las ideas y opiniones y se amplíe el acceso a la información, al señalar: “La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”.<sup>418</sup>

En diversos puntos de esta sentencia, la Corte Interamericana reconoce las consideraciones del citado órgano europeo, es el caso de sus reflexiones sobre los efectos de la información, cuando no limitan el ejercicio de esta libertad a la mera transmisión de “información inofensiva”, sino que la garantía de este derecho abarca la información que puede resultar poco grata al Estado o a cualquier otro sector o persona del ámbito público o privado (párrafo 152); otra reflexión de importancia se centra en el hecho de que, para calificar a las restricciones a la libertad de expresión, éstas deben evaluarse a la luz de los hechos del caso, examinando íntegramente las circunstancias y el contexto en que éstas se presentaron (párrafo 154). Otro aspecto relevante de los criterios europeos citados por esa Corte es el relativo a las críticas que se ejercen mediante este derecho, que en el caso de entidades públicas requieren mayor amplitud, es decir un examen más riguroso de las autoridades y de la opinión pública.<sup>419</sup>

---

<sup>417</sup> Ver la sentencia que se comenta en su párrafo 149 *in fine*.

<sup>418</sup> Refiere la Corte, citando su propio criterio en la opinión consultiva OC-5/85, párrafo 69, pág. 20.

<sup>419</sup> De acuerdo con el párrafo 60 del Caso Sürek y Özdemir vs Turquía que es citado en la sentencia que referimos, ver este caso europeo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58278>

Por su parte, en el Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica<sup>420</sup> que la Corte resolvió en favor del periodista Mauricio Herrera Ulloa, quien fuera condenado por cargos de difamación, ese tribunal dividió su análisis del caso respecto de las libertades de pensamiento y de expresión; abarcó sus dimensiones y contenido; señaló el lugar que ocupa en una sociedad democrática, y también destacó el papel de los medios y del periodismo en relación con esa libertad. Finalmente, se refiere acerca de las restricciones permitidas a ese derecho, señalando que no es un derecho absoluto, ya que puede restringirse, manifestándose a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, y debiendo limitar, más allá de lo estrictamente necesario, dicho derecho no debe convertirse en un mecanismo de censura. La determinación de las responsabilidades precisa tres requisitos: 1) deben estar mediante la ley; 2) deben destinarse a proteger ya sea los derechos o la reputación de alguna persona, la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública, y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática. La necesidad, significa que satisfagan un interés público imperativo. Señala el párrafo 121 de esa sentencia que: “Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. (...) Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.”<sup>421</sup> La Corte recapitula sus reflexiones previas y hace suyo el criterio de que la libertad de información (de prensa) en una sociedad democrática permite el debate y el escrutinio de las actividades, acciones u omisiones del Estado, lo que se puede denominar una forma de *control democrático* mediante la promoción de las responsabilidades sobre la gestión de los funcionarios públicos (párrafos sentencia

---

<sup>420</sup>Resuelto el 2 de julio de 2004, en el párrafo 105 de la sentencia expone una síntesis del caso: “105. El caso en análisis versa sobre el procedimiento y sanción penal impuesta al periodista Mauricio Herrera Ulloa y la sanción civil impuesta a este último y al señor Fernán Vargas Rohrmoser, representante legal del medio de comunicación social “La Nación”, como consecuencia de haber publicado diversos artículos que reproducían parcialmente información de algunos periódicos europeos referentes a supuestas actividades ilícitas del señor Félix Przedborski. En la época de dichas publicaciones el señor Przedborski era representante de Costa Rica ante la Organización de Energía Atómica en Austria, en calidad de Cónsul *ad honorem*. Cuatro de los artículos publicados en el periódico “La Nación” fueron objeto de dos querrelas interpuestas por el señor Przedborski (...), lo que dio lugar a la emisión de un fallo condenatorio, en el cual se declaró al señor Herrera Ulloa como el autor de cuatro delitos de “publicación de ofensas en la modalidad de difamación” con sus respectivas consecuencias penales y civiles. Además, se declaró al periódico “La Nación” como responsable civil solidario.” Consultada en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf)

<sup>421</sup> La Corte Interamericana hará referencia constante a consideraciones expuestas en casos previos: *Ivcher Bronstein y La última tentación de Cristo*, así como de la Opinión Consultiva OC-5/85. Ver párrafos 107 – 119 y 121 de la sentencia que se comenta, págs. 65-69. Es importante advertir cómo el párrafo 122 aclara el concepto de necesidad al señalar: que la Corte Europea de Derechos Humanos, en referencia al artículo 10 de la Convención Europea, determinó que “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensables”, implica la “existencia de una ‘necesidad social imperiosa’” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable” u “oportuna”. El concepto de “necesidad social imperiosa” fue hecho suyo por la Corte en la Opinión consultiva señalada.

124-128). La Corte reconoce que el escrutinio es mayormente riguroso, al igual que la posibilidad de ser objeto de críticas en aquellos sujetos que influyen en procesos de decisión sobre cuestiones de interés público, y al trasladar voluntariamente su actividad de la esfera privada a la del debate público, este umbral amplio de protección se asienta en la naturaleza pública de las funciones, más no en la persona.<sup>422</sup>

Un asunto importante debido a las implicaciones que señalamos en líneas previas es el de Caso Ricardo Canese vs. Paraguay<sup>423</sup>; resuelto favorablemente para el candidato presidencial de Paraguay, Ricardo Canese a quien se había impuesto una condena de prisión desproporcionada y se menoscabó su derecho a la libertad de expresión. Las consideraciones de la Corte Interamericana giraron en torno a la extensión, contenido y alcances de la libertad de expresión en sus aspectos básicos: buscar, recibir y difundir información; reiterando sus aspectos individual y social, los cuales deben ser garantizados de manera simultánea. Asimismo, hace referencia a la Opinión OC-5/85 al señalar que este derecho constituye una condición necesaria para el desarrollo pleno de las entidades colectivas cuando deseen influir socialmente.<sup>424</sup>

Esta sentencia reitera y comparte la interpretación europea acerca de la importancia para la consolidación democrática de la sociedad, a la vez que reconoce el papel fundamental que tiene la transparencia, de acuerdo con la Carta Democrática Interamericana de septiembre de 2011, para dejar en claro la coincidencia entre los sistemas de protección de los derechos humanos, al asignar un papel preponderante a esta libertad en la consolidación democrática y su función preventiva contra la instauración de los sistemas autoritarios, dando paso a la determinación de este derecho en el marco de las campañas electorales, cumpliendo con diversas tareas como: el fortalecimiento del debate público al contribuir a la formación de la opinión pública mediante la transformación de la libertad de expresión en una herramienta de análisis para las plataformas políticas que favorecerá la transparencia de la gestión pública, pues señala:

---

<sup>422</sup> Ver la descripción del control democrático, en los párrafos 127-129, página 70 de esa sentencia.

<sup>423</sup> Sentencia del 31 de agosto de 2004 en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf)

<sup>424</sup> Cfr. párrafos 77-80 de esa sentencia. Merece especial atención la descripción de las dimensiones social e individual al precisar adelante, párrafo 81 (pág. 59): “En el presente caso, las declaraciones por las que el señor Canese fue querellado, efectuadas en el marco de la contienda electoral y publicadas en dos diarios paraguayos, permitían el ejercicio de la libertad de expresión en sus dos dimensiones. Por un lado permitían al señor Canese difundir la información con que contaba respecto de uno de los candidatos adversarios y, por otra parte, fomentaban el intercambio de información con los electores, brindándoles mayores elementos para la formación de su criterio y la toma de decisiones en relación con la elección del futuro Presidente de la República.”, página 59 de esa resolución.

“83. En iguales términos a los indicados por la Corte Interamericana, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha manifestado sobre la importancia que reviste en la sociedad democrática la libertad de expresión, al señalar que (...) la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. (...) Esto significa que (...) toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue.”<sup>425</sup>

La Corte hace referencia a la Carta Democrática Interamericana que en su artículo 4 señala, de acuerdo con el párrafo 85: “son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.”<sup>426</sup> En seguida, la Corte identifica la coincidencia de los sistemas de protección de los derechos humanos en torno a ese derecho y a su papel en la consolidación democrática, al declarar en su párrafo 86 que: “...Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se comienzan a tornar inoperantes y, en definitiva, se crea el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.”<sup>427</sup>

La Corte Interamericana reconoce la importancia de la libertad de expresión en el marco de las campañas electorales pues dan soporte al debate durante y previamente a los procesos democráticos y se favorece la formación de opinión pública, cuando asienta en el párrafo 88 de esa sentencia: “...la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos

---

<sup>425</sup> *Ídem.*

<sup>426</sup> Aprobada en Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2011 por la Asamblea general de la OEA, durante su 28 período extraordinario de sesiones.

<sup>427</sup> Página 60 de la sentencia del caso Canese vs. Paraguay.

candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.”<sup>428</sup>

La libertad de expresión, de acuerdo con el párrafo antes descrito, asume una función instrumental en dos sentidos; en primer lugar, porque mediante su ejercicio se favorece el análisis de las plataformas políticas<sup>429</sup>; en segundo lugar, se conforma como un medio o instrumento de control de las “futuras autoridades”, esta sencilla afirmación tiene profundas implicaciones: una de ellas radica en que las actividades que se realicen en el marco de las contiendas electorales estarían sujetas a escrutinio público mediante el ejercicio de una de la partes fundamentales de la libertad de expresión, es decir, mediante el ejercicio del derecho de acceso a la información.<sup>430</sup> En segundo lugar, al referirse a la

---

<sup>428</sup> *Ibidem*, página 61.

<sup>429</sup> El análisis de las plataformas electorales de suyo constituye una actividad sujeta a la crítica, la cual tomará los cauces que se encuentren a su disposición como lo ha sido básicamente el ejercicio del periodismo; sin embargo, en tanto no se encuentren delimitados, es decir, conformados jurídicamente los instrumentos que permitan el diálogo bidireccional, en sentido del emisor (partido, candidato, gobierno) hacia el receptor, y en un sentido opuesto, y se permita entonces un intercambio significativo entre la ciudadanía, la sociedad (en general) y los candidatos; y que finalmente ese intercambio rinda frutos, es decir, tenga un reflejo objetivamente comprobable, la responsabilidad del ejercicio de la opinión pública crítica, recae en gran medida en la labor de los medios en general y de los periodistas. Que las estructuras para un diálogo en el que participen candidatos, medio y sociedad se encuentren delineadas o al menos sean una preocupación de instancias como la Corte Interamericana, significa que las estructuras para un diálogo entre la sociedad y las autoridades debe alentarse. Ello no implica que dependa la conformación de un diálogo respecto del otro, en ambos casos estaremos frente a los elementos de la participación ciudadana que permitiría el ejercicio de la democracia de carácter deliberativo.

<sup>430</sup> Ha sido reconocido que en el caso de nuestro país, la reforma al artículo 6, que fue la primera a ese artículo desde 1917 y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 6 de diciembre de 1977 que establece a el derecho a la información en los términos siguientes: Art. 6º “...el derecho a la información será garantizado por el Estado.”, ver: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_086\\_06dic77\\_ima.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_086_06dic77_ima.pdf), este derecho fue ideado para dar cauce a la difusión de las ideas en un contexto electoral, es decir que hay indicios de que en su inicio, el derecho de acceso a la información fue pensado en el marco de la gran reforma política que señalamos, estableció la designación de 100 diputados mediante el sistema de representación proporcional, mediante listas regionales en circunscripciones plurinominales que alcanzarían hasta un número de 5, de acuerdo con el texto de los artículo 52 y 53, esta reforma electoral impactó los artículos 6º, 41, 51-55, 60, 61, 65, 70, 73, 74, 76, 93, 97 y 115, y en cuanto al derecho de acceso a la información estaba pensada para favorecer el uso de los medio de comunicación de manera equitativa entre los partidos, de ello da cuenta el análisis de la iniciativa presidencial que textualmente señalaba respecto del artículo 60: “garantizar en forma equitativa a los partidos político s nacionales la disposición de los medios querer permitan difundir con amplitud sus principios, sus tesis y programas”, ver: Fernández Christlieb, Fátima, “XII. El derecho a la información y los medios de difusión masiva”, en González Casanova, Pablo y Florescano, Enrique (coords.), *México, hoy*, México, Siglo XXI, 8ª. ed., 1983, pág. 329. La autora cita la iniciativa presidencial acerca de la reforma constitucional al destacar el papel protagónico de los partidos políticos en la formación de la conciencia ciudadana: “ Esta prerrogativa de los partidos políticos tiene el propósito de dar vigencia en forma más efectiva al derecho a la información que, mediante esta iniciativa se incorpora al artículo sexto, que será básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana y contribuirá a que ésta sea más enterada, vigorosa y analítica, lo cual es esencial para el progreso de nuestra sociedad. Siendo los partidos



transparencia y fiscalización se encontraría la posibilidad de abrir al escrutinio público lo relativo a los gastos de campaña y en general de hacer público el financiamiento, en ese sentido sería posible el ejercicio de la rendición de cuentas en alguna de sus expresiones vertical u horizontal, ya sea en los periodos de campaña o bien, con relación a la gestión de las futuras autoridades, con las implicaciones que representa un el ejercicio de fiscalización, a cargo de una entidad colectiva como es el electorado, quien en nuestro actual sistema delega mayormente en las autoridades electorales ese ejercicio de fiscalización.<sup>431</sup>

En el caso Canese, la jurisprudencia europea es un constante referente para el tribunal interamericano.<sup>432</sup> En cuanto al papel de la libertad de expresión en los

---

políticos entidades fundamentales en la acción ideológica y política, el ejercicio del derecho a difundir sus ideas en los medios de comunicación social se traducirá en el mayor respeto al pluralismo ideológico y cobrará plenitud la libertad de expresión y su correlativo derecho a la información'. El texto de la iniciativa no deja lugar a dudas: el derecho a la información se plantea para ser ejercido en un marco estrictamente electoral." Y párrafos adelante, plantea una posición más amplia respecto de ese derecho, que se encontraría expuesta desde 1975 en el Plan Básico de Gobierno 1976-1982 y que tendría otros sujetos partícipes en ese proceso de apertura: los medios de comunicación. Los cuales, hasta el día de hoy se encuentran altamente concentrados, así lo reconocen los informes que realizaron en 2010 en misión conjunta del 9 al 24 de agosto de ese año, los relatores para la libertad de expresión, por la ONU, Fran La Rue, y por la CIDH Catalina Botero; ambos informes fueron concentrados en la obra: *La libertad de expresión en México, Informes de Misión de las Relatorías de la ONU y de la CIDH*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2011, disponible en su versión electrónica en: <http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/2011/LEOk.pdf>.

En el *Informe de la misión a México del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas*, se señaló lo siguiente en el rubro designado: IV Libertad, Pluralismo y apertura en el debate democrático, párrafo 40. "Sigue existiendo en México una alta concentración en la propiedad y el control de los medios de comunicación a los que se les ha asignado frecuencias radioeléctricas. La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH señala que "los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos". El Relator Especial insta al Congreso de la Unión y al Ejecutivo Federal a adoptar una legislación conforme con las decisiones de la SCJN y los organismos internacionales para desconcentrar dicho sector, y que contribuya a generar un espacio mediático plural y accesible a todos los sectores de la población.", pág. 22 de informe; y por la OEA, el *Informe sobre la libertad de expresión en México 2010*, advierte en ese rubro, una concentración del 90% de las frecuencias televisivas en dos cadenas y mientras 76% del espectro radiofónico se concentra el 14 familias, ver página 124 del informe.

Estimamos que ambas posiciones se reconcilian puesto que en ese conjunto de reformas se incluyó la del artículo 41 que garantizaba: por un lado, el uso permanente de los medios de comunicación social; y por el otro, estableció que en los procesos electorales federales, los partidos políticos nacionales debían contar en forma equitativa con un mínimo de elementos para sus actividades tendentes a la obtención del sufragio popular, lo que significa que entre ese mínimo de elementos se puede encontrar el acceso a los medios de comunicación social, al cual tienen acceso en todo momento, con mayor razón tratándose de su participación en comicios.

<sup>431</sup> Ver Ugalde, Luis Carlos, *Rendición de cuentas y democracia*, 2ª. ed., México, IFE, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática 21, pág. 35-38.

<sup>432</sup> "La libertad de expresión, preciosa para todos, es particularmente importante para los partidos políticos y sus miembros activos (ver, mutatis mutandis, el Partido Comunista Unido de Turquía y otros c. Turquía,

debates previos a la emisión del sufragio, es taxativo y contundente el señalamiento de la Corte Interamericana sobre la circulación de las ideas mediante el debate electoral, el cual por sí, materializa la libertad de expresión y favorece el escrutinio sobre la idoneidad de los candidatos y sus propuestas al dejar en claro que:

“90. El Tribunal considera indispensable que se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado. La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de pensamiento y de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí.”<sup>433</sup> La Corte deja en claro que los vínculos entre los derechos político-electorales y la libertad de expresión deben entenderse de manera conjunta, son indisolubles. Al final, esta coherencia entre ambos derechos será útil en la constitución de la legitimidad democrática de los sujetos que se postulan para los cargos de elección popular, la legitimidad que produce el voto se encuentra en un nivel más cercano a la legalidad. Así, el ejercicio de la libertad de expresión en un sentido estricto, o del acceso a la información como un mecanismo de crítica y escrutinio público si se ejercita y garantiza, facilitara la consolidación democrática.

---

sentencia de 30 de enero de 1998, informes 1998-I, p.22, párr.46). Ellos representan a su electorado, llaman la atención sobre sus preocupaciones y defienden sus intereses. Por lo tanto, las interferencias a la libertad de expresión de un político miembro de un partido de oposición, como el solicitante, deben ser cuidadosamente examinadas por la Corte”, párrafo 89 de la sentencia del caso Canese, que a su vez constituye una referencia del caso Incal vs. Turquía, que fue resuelto por la Corte Europea el 9 de junio de 1998. Sentencia consultable en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62755>

<sup>433</sup> Sentencia del caso Canese párrafo 90, página 61, que a su vez refiere al caso Bowman vs. Inglaterra, resuelto el 19 de febrero de 1998 que en su párrafo 42 afirma la interrelación y soporte mutuo de los derechos de sufragio y a la libre expresión, ambos derechos son la base de una sociedad democrática. Este párrafo se apoya en los criterios vertidos en el caso Mathieu-Mohin y Clerfayt vs. Bélgica, del 2 de marzo de 1987, y en el contencioso Lingens vs. Austria de 8 de julio 1986, ver sentencia completa del caso Bowman en el sitio: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58134>, en cuyo párrafo 43, dicha sentencia europea, se señala la posibilidad de que dicho derecho puedan entrar en conflicto a pesar de sus fuertes vínculo, principalmente en momentos electorales, para lo que podrían establecerse algunas restricciones que normalmente serían inaceptable, sin embargo se reconoce a los Estados cierto margen de apreciación en cuanto a la organización de sus sistemas electorales.

Este párrafo 90 es crucial porque caracteriza al debate democrático en lo general, además, muestra claramente cómo es que los debates representan un ejercicio de la libertad de expresión en el marco de las campañas políticas y no se refiere exclusivamente a los debates que puedan celebrarse respecto de una contienda presidencial, en realidad al señalar en primer lugar, al ejercicio del sufragio en la amplitud del término; y en segundo lugar, al vincularlo con las opciones que representan los partidos políticos en voz de sus candidatos, ello con motivo de la formación de la “voluntad colectiva”, lo que la Corte hace es ampliar el panorama del debate comúnmente monopolizado por los que realizan los candidatos a elecciones presidenciales.<sup>434</sup>

Es necesario para la formación de una democracia participativa que se generen canales de comunicación, así, en el caso Canese, la Corte establece claramente a quiénes corresponde el intercambio de información, o dicho en otros términos, señala que los debates no son privativos de la actividad de los candidatos, independientemente del cargo por el que desean obtener el sufragio, sino que al determinar que el debate democrático favorece el intercambio “por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información”; en ese sentido, aclara que a dichos actores les corresponde legítimamente participar en los debates que se generen con motivo de la celebración de elecciones.

Con relación al tema de las restricciones, la Corte señala que la libertad de expresión, al no tener un carácter absoluto, es posible su establecimiento través de las responsabilidades ulteriores por el abuso en el ejercicio de ese derecho; dichos límites deben extenderse estrictamente lo necesario para no convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa, de acuerdo con lo dispuesto por la Convención Americana en el inciso 2 del artículo 13, en relación con los

---

<sup>434</sup> Un aspecto complementario es el relacionado con las autoridades electorales, en el caso mexicano tanto el Instituto Federal Electoral hoy INE, como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; se estima que las dos reformas en favor del régimen democrático mexicano más importantes de los últimos 30 años ha sido la reforma en materia electoral de 2007 y años antes, en 2002, la emisión de la Ley Federal de Acceso a la Información, puesto que ambos regímenes son herramientas que se encuentran al alcance de la ciudadanía y que constituyen una forma de evaluación de la actividad gubernamental, sin embargo, en el caso del acceso a la información no se ha convertido en una práctica rutinaria, de acuerdo con la apreciación de Baños Marco Antonio, “Transparencia Elecciones y confianza: retos y perspectivas”, *Transparencia Electoral e Historia: 1988-2008, Avances y Retrocesos*, México, Instituto de Acceso a la Información del Distrito Federal, 2008, en particular las páginas 99 a 104, quien además se señala que los mecanismos de transparencia funcionan como formas de evaluación de la calidad de la función pública ahí donde han sido aceptados por sus destinatarios; no obstante que en nuestro país existen mecanismos de transparencia a nivel local y federal, y pese a la obligación impuesta por la dicha ley de acceso a la información donde se consagra el principio de máxima publicidad, no existe una cultura generalizada de la transparencia en la actividad pública.

incisos 4 y 5 del artículo 30 (párrafo 95). Acerca del control democrático, señala puntualmente: “97. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un mayor margen de tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público”<sup>435</sup>.

Estas consideraciones sobre el control democrático aplicable a la gestión pública se trasladan al ámbito de la celebración de debates políticos, exigiéndose un margen de tolerancia mayor, se apuntala en el párrafo 98, al señalar que es necesario un margen de apertura más amplio respecto de los asuntos de interés público y es esencial en un “verdadero sistema democrático”. Señala que dicho criterio “se aplica respecto de las opiniones o declaraciones de interés público que se viertan en relación con una persona que se postula como candidato a la Presidencia de la República, la cual se somete voluntariamente al escrutinio público, así como respecto de asuntos de interés público en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, afecta intereses o derechos generales, o le acarrea consecuencias importantes.”<sup>436</sup>

Puede decirse que el sometimiento voluntario a una contienda electoral tiene como presupuesto que el contendiente se someterá a apreciaciones u exámenes más críticos, puesto que el criterio cualitativo en la elección es importante, ello justificaría la intervención o escrutinio social más riguroso. Los procesos electorales son procesos públicos por excelencia, donde el interés de la sociedad se encontrará legitimado en todo momento, sin embargo, no se justifica que so pretexto de ese interés en los asuntos públicos, el derecho al honor y el respeto a la dignidad de los funcionarios, personas públicas o particulares que realizan actividades de interés público no deba protegerse jurídicamente de conformidad con los principios del pluralismo democrático, donde el Estado pondría a su disposición mecanismos judiciales para su defensa.<sup>437</sup> Luego de hacer referencia

---

<sup>435</sup> Se hace referencia a los casos Herrera Ulloa e Ivcher Bronstein, párrafos 127 y 155 respectivamente.

<sup>436</sup> Párrafo 98 de la sentencia del caso Canese, páginas 63 y 64.

<sup>437</sup> Párrafos 100 y 101 de esa sentencia. Hay que notar que dicha Corte no establece en este caso cuáles son los principios del pluralismo democrático, sin embargo señalaremos que el mínimo aceptable en un sistema democrático descansa en el respeto a los derechos humanos; en nuestro concepto, un sistema pluralista admitiría la existencia de voces contrarias o disidentes, las cuales pueden tener o no el signo de un partido, con lo que estaríamos de ser el caso, ante algún tipo de pluralismo en el sistema de partidos. Si bien, la Corte no aclara los alcances del término, tampoco es su función, ya que el único pluralismo que podría llegar a interpretar sería el pluralismo ideológico a que están obligados los estados a promover, como se señala en el artículo 13 concerniente al derecho a la educación, que se consagran en el Protocolo de San

al jurisprudencia europea de los casos *Dicharnd vs. Austria* y del caso *Lingens vs.*, ese mismo Estado, donde se señala que frente al sometimiento voluntario periodístico y de opinión pública corresponde un mayor grado de tolerancia,<sup>438</sup> continua en la afirmación de que: “Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, en ese ámbito se ven sometidos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio privado para insertarse en la esfera del debate público. En este sentido, en el marco del debate público, el margen de aceptación y tolerancia a las críticas por parte del propio Estado, de los funcionarios públicos, de los políticos e inclusive de los particulares que desarrollan actividades sometidas al escrutinio público debe ser mucho mayor que el de los particulares.”<sup>439</sup> Esta afirmación confirma el criterio de que mayor apertura y la necesidad de más tolerancia de los personajes públicos y de los particulares que realizan actividades con alguna incidencia pública. Como se observa, para el estudio de la interpretación y alcances de la libertad de expresión, la sentencia del caso *Canese vs. Paraguay* es una de las que incluyen mayores consideraciones y abarcan más diversos temas vinculados con procesos electorales; además, en ella se siguen y confirman en cuanto a este derecho fundamental de cualquier orden democrático, principalmente, los criterios previos de las sentencias *Herrera Ulloa e Ivcher Bronstein*.<sup>440</sup>

---

Salvador (Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales), que entró en vigor el 17 de noviembre del 1988, ratificado por México el 16 de abril de 1996 y publicado en el Diario oficial de la Federación el 1 de septiembre de 1998. En las sentencias de *La última Tentación de Cristo vs. Chile*, párrafo 49 y *Ríos y Otros vs. Venezuela*, párrafo 105, en ambas resoluciones se habla de pluralismo en el contexto de la libertad de expresión, vinculándolo con la tolerancia y apertura y en un contexto democrático, aunque tampoco detalla el alcance lo de los principios del pluralismo democrático, es posible señalar que esas afirmaciones hacen eco de la sentencia del caso *Handyside vs. Inglaterra*, resuelto el 7 de diciembre de 1976, particularmente del segundo párrafo de su numeral 49, ver los comentario a la sentencia del caso *la última tentación de Cristo*, *supra*.

<sup>438</sup> Párrafo 102 de esa resolución, página 64. En el caso *Lingens*, resuelto el 8 de julio de 1986, la Corte Europea declaró que 42. “El libre juego del debate político se encuentra en el corazón mismo de la noción de sociedad democrática (...) Por tanto, los límites de la crítica admisible son más amplios tratándose de un personaje político, a diferencia de un particular (...) el primero se expone inevitable y conscientemente a un control atento de sus actos, tanto por periodistas como por la masa de ciudadanos, él debe por consecuencia mostrar una mayor tolerancia.” Ver esta sentencia en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62081>

<sup>439</sup> Párrafo 103 de la sentencia del Caso *Canese*.

<sup>440</sup> Una mirada panorámica de las implicaciones de jurisprudencia interamericana en su vinculación con los procesos electorales la ofrece el párrafo 28 del documento elaborado por la Relatoría para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana titulado: *Resumen ejecutivo de los estándares interamericanos sobre la libertad de expresión*, al señalar que “ la Corte Interamericana ha establecido que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión se trata de un elemento fundamental durante los procesos de elección de las autoridades que gobernarán un Estado, porque: (i) es una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, que fortalece la contienda política entre los distintos participantes, provee instrumentos de análisis de las propuestas de cada uno de ellos y permite así una

Posteriormente, la jurisprudencia interamericana irá incorporando diversos elementos a su tratamiento de la libertad de expresión, señalaremos los tratamientos inusitados o importantes. En lo general, las sentencias reiteran los casos previos, tanto los propios como los de la Corte Europea de derechos humanos. Así, en el Caso Palamara Iribarne vs. Chile, cuya sentencia fue dictada el 22 de noviembre de 2005, en favor del ex militar Humberto Antonio Palamara Iribarne, a quien se sujetó a un proceso militar por desobediencia y se le privó del derecho a publicar una obra literaria de su autoría, la Corte incorporaría en su razonamiento la idea de que la aplicación del derecho penal (el tipo penal de “desacato”) puede fungir como una respuesta desproporcionada y contraria a todo sistema democrático (párrafos 82 a 85 y 88).<sup>441</sup>

En el Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, se falló por unanimidad el 19 de septiembre de 2006 en favor Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero; en ese caso se determinó que el Estado transgredió el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en relación con las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos y libertades y de adoptar disposiciones de derecho interno; este caso abordó además, el tema *del acceso a la información* que las víctimas solicitaron al Comité de Inversiones Extranjeras en relación a la empresa forestal Trillium en relación con el proyecto de deforestación chileno Río Cóndor. En este caso, la Corte reiteró que al derecho de solicitar información es consustancial la obligación del Estado de proporcionarla sin que se exija acreditar un interés directo o que se no se cause alguna afectación.<sup>442</sup> Destaca para nosotros, la mención a diversas resoluciones específicas emitidas por la Asamblea

---

mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y su gestión; y (ii) nutre la formación de la voluntad colectiva manifestada en el sufragio. Asimismo, el sano debate democrático exige que exista el mayor nivel de circulación de ideas, opiniones e informaciones respecto de los candidatos, sus partidos y sus propuestas durante el período que precede a unas elecciones, principalmente a través de los medios de comunicación, de los candidatos, y de quienes deseen expresarse. En este entender, es necesario que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones, para que los electores puedan formar su criterio para votar. La Corte Interamericana también ha subrayado la importancia del rol de los medios de comunicación durante los procesos electorales, pues ha categorizado a la libertad de prensa como uno de los mejores medios para que la opinión pública conozca y juzgue las actitudes e ideas de los dirigentes políticos, y ha explicado que, en un contexto electoral, los diarios juegan un papel esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión, pues recogen y transmiten a los electores las posturas de los candidatos en contienda, lo cual contribuye a que el electorado cuente con suficiente información y distintos criterios para tomar una decisión informada. Disponible en: [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/estandares/RESUMEN EJECUTIVO DE LOS ESTANDARES INTERAMERICANOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESION.doc](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/estandares/RESUMEN_EJECUTIVO_DE_LOS_ESTANDARES_INTERAMERICANOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESION.doc)

<sup>441</sup> Sentencia disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)

<sup>442</sup> Consultable en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf) Ver su párrafo 77.

General de la OEA<sup>443</sup> y de la Conferencia Ministerial “Medio Ambiente para Europa”, celebrada en Aarhus, Dinamarca, así como la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el derecho de acceso a documentos oficiales en poder de las autoridades públicas, donde se señala que las restricciones deberán exponerse de manera precisa, por ley y de forma proporcional con el objetivo de la protección (párrafos 81 y 82 de esa sentencia). Se abunda en relación a las restricciones a los derechos, y con respecto a la reserva legal de las restricciones, las cuales deben encaminarse a la satisfacción de un interés público imperativo (párrafos 90-91).

Por otro lado, en la sentencia del caso *Kimel vs. Argentina*<sup>444</sup>, resuelto en favor del periodista Eduardo Kimel, 2 de mayo de 2008, quien fueran condenado por criticar la actividad de un juez en un caso penal, la Corte señaló que la imposición de sanciones penales debe hacerse de manera excepcional (párrafo 77), y se debe crear un equilibrio entre la libre crítica y el respeto a la honra y/o la reputación (párrafos 79 y 83); es preciso señalar que en la búsqueda del equilibrio, las decisiones de los operadores jurisdiccionales se inclinarán, o en su favor (de la honra), o bien hacia el ejercicio de la libertad de expresión, ello se determinará, señala dicho Tribunal, mediante el ejercicio de ponderación respectivo (párrafo 84).

Adelante, en el caso *Tristán vs. Panamá*<sup>445</sup> se tratan los temas de la libertad de expresión, en particular, acerca de los usos abusivos de esa libertad cuando alguna información es considerada difamatoria e injuriosa, debe actuarse con cautela con un criterio de proporcionalidad en caso de imponer sanciones; en este contencioso que se resolvió mediante la sentencia del 27 de enero de 2009, la Corte reconoció que la honra y la libertad de expresión se encuentran íntimamente relacionados y se requiere su garantía. La Corte estimó que el Estado debe equilibrar la participación de la información en el debate público y se reconoce a la libertad expresión como un componente esencial de la libertad de prensa. El tribunal hizo hincapié en que quienes desempeñan un cargo público se encuentran sometidos voluntariamente a un mayor escrutinio público (párrafos 111-115). En torno a la llamada finalidad legítima (protección de la honra y reputación), la idoneidad de la medida y su necesidad, si bien se reconoce al derecho penal

---

<sup>443</sup> Ver la resolución AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”; Resolución AG/RES. (XXXIV-O/04) de 8 de junio de 2004 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”; Resolución AG/RES. 2121 (XXXV-O/05) de 7 de junio de 2005 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”; y AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”.

<sup>444</sup> Ver sentencia en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf)

<sup>445</sup> Consultable en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_193\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf)

como un instrumento para salvaguardar el bien jurídico que se desea proteger, afirma que en una sociedad democrática se debe utilizar en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar dicho bien, para lo que se debe ponderar: la gravedad de la conducta, el dolo, el daño y otras circunstancias que justifiquen la aplicación excepcional de medidas penales (párrafos 118-120).

Por su parte, el Caso Ríos y otros vs. Venezuela,<sup>446</sup> cuya sentencia se dictó el 28 de enero de 2009, responsabilizando al Estado por el incumplimiento de su obligación contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de garantizar el ejercicio de la libertad de buscar, recibir y difundir información (art. 13.1) y el derecho a la integridad personal de varias personas, así como el derecho reconocido en el artículo 5.1 del mismo tratado, se permitió establecer algunas reflexiones sobre los actos públicos y privados que limitan el trabajo de comunicadores radiofónicos. La Corte señala que los medios tienen una responsabilidad, frente lo que “el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas” (párrafo 106).

La sentencia reconoce que la libertad de expresión se ejerce efectivamente si se favorece socialmente; además, considera que los actos del Estado tendientes a su restricción (normativos o administrativos) tienen el riesgo de colocar en situación de vulnerabilidad a quienes la ejerzan; en consecuencia, el Estado debe proteger y prevenir que se acentúe esta vulnerabilidad, y una forma de hacerlo es investigando los hechos que las originan. En esa sentencia se hace una referencia al art. 4 de la Carta Democrática Interamericana que reconoce a la transparencia, la probidad y la responsabilidad de las autoridades, entre otros aspectos, como elementos de la democracia; admite también que quienes se encuentren investidos con una autoridad estatal deben hacer constar en forma razonable los hechos en los que funden sus opiniones (párrafos 107 y 139). La Corte interamericana reconoció que en la labor de los comunicadores existe un riesgo intrínseco de la actividad periodística, mismo que aumenta si ese medio es objeto de discursos oficiales que puedan provocar, sugerir acciones o ser interpretados como instrucciones o cualquier tipo de apoyo para la comisión de actos que pongan en riesgo la vida, los derechos de las personas que ejercen labores

---

<sup>446</sup> Véase sentencia en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_194\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf)



periodísticas, o bien comprometer la seguridad nacional (párrafo 143). En la sentencia se hace una reflexión acerca de las acreditaciones para los comunicadores que cubren actos oficiales, en ese sentido, considera la Corte que el Estado debe demostrar que “su aplicación es legal, persigue un objetivo legítimo y es necesaria y proporcional en relación con el objetivo que pretende en una sociedad democrática. Los requisitos de acreditación deben ser concretos, objetivos y razonables, y su aplicación transparente”.<sup>447</sup>

En el Caso Perozo y otros vs. Venezuela<sup>448</sup> cuya sentencia fue dictada el 28 de enero de 2009, se trata el tema de las declaraciones de funcionarios públicos que limitan la libertad de expresión, y la Corte Interamericana reitera las características de la libertad de expresión y su reconocimiento en la Convención Americana, así como sus previsiones sobre la actividad periodística. Por otro lado, se refiere a la conveniencia del uso legítimo de la fuerza y de los instrumentos de coerción estatales como son las fuerzas armadas; la Corte subraya al respecto que debe ser excepcional su uso, de manera que el Estado previamente debe detectar si el ejercicio de la libertad de expresión constituye una amenaza, y afirma: “la Corte ha enfatizado en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común. En consonancia con lo anterior, en circunstancias de protesta social y manifestaciones públicas los Estados tienen la obligación de adoptar medidas razonables y apropiadas para permitir que aquéllas se desarrollen de forma pacífica, si bien no pueden garantizar esto en términos absolutos y tienen amplia discreción para elegir los medios por utilizar para tales efectos.”<sup>449</sup> La Corte reiteró sus consideraciones acerca del uso del derecho penal e insistió en que debe corresponder con la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a los mismos y guarden magnitud con el daño causado.<sup>450</sup>

También en el Caso Usón Ramírez vs. Venezuela<sup>451</sup>, cuya sentencia se emitió el 20 de noviembre de 2009, en sentido favorable al militar retirado Francisco Usón Ramírez en contra de ese Estado que violó en su perjuicio diversas garantías judiciales, así como la libertad personal y la libertad de pensamiento y expresión, se realizaron por esa instancia jurisdiccional, diversas consideraciones sobre la utilidad de las vías penales con motivo de responsabilidades ulteriores para la

---

<sup>447</sup> Párrafo 346 de la sentencia del caso Ríos y otros, pág. 89.

<sup>448</sup> Sentencia disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_195\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf)

<sup>449</sup> Párrafo 166 de esa sentencia, *in fine*.

<sup>450</sup> Párrafo 300.

<sup>451</sup> Sentencia disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_207\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf)

tutela de ese derecho, al afirmar que: “se deberá considerar el bien que se pretende tutelar, la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado, las características de la persona cuyo honor o reputación se pretende salvaguardar, el medio por el cual se pretendió causar el daño y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación.”<sup>452</sup>

#### Aspectos relacionados con la libertad de expresión en algunas las sentencias de la Corte IDH

Aspectos de la libertad de expresión	Casos *
La libertad de expresión como fundamento de una sociedad democrática	UTvC, IBvPe, HUvCR, RCvPy, CRvC, KvA, TDvP, RvV, PvV, URvV, CVvCl, GLvB, FDAvA
Oposición a la censura previa	UTvC, HUvCR, RCvPy, PivC, CRvC, KvA, TDvP, RvV, URvV, FDAvA
Control democrático y/o amplio margen de y/o umbral amplio de protección y/o tolerancia y/o escrutinio público voluntario	IBvPe, HUvCR, RCvPy, PivC, CRvC, KvA, TDvP, RvV, URvV, FDAvA
Restricciones y límites a la libertad de expresión (legalidad de las restricciones)	UTvC, IBvPe, HUvCR, RCvPy, PivC, CRvC, KvA, RvV, PvV, URvV
Doble dimensión de la libertad de expresión su garantía simultánea a cargo del Estado	UTvC, IBvPe, HUvCR, RCvPy, CRvC, KvA, PvV, GLvB, FDAvA
Reconocimiento del carácter no absoluto de los derechos humanos	UTvC, HUvCR, RCvPy, PivC, KvA, TDvP, PvV
Libertad de expresiones disidentes y/o ejercicio de la crítica	IBvPe, RCvP, KvA, TDvP, RvV, URvV, CVvCl
Responsabilidades ulteriores por el uso abusivo del derecho	HUvCR, RCvPy, PivC, CRvC, TDvP, URvV, FDvA
Responsabilidad de los periodistas y/o el papel de los medios como garantes de la libertad de expresión	IBvPe, HUvCR, KvA, RvV, PvV, FDAvA
Referencia al acceso a la información y/o a la transparencia	HUvCR, RCvPy, CRvC, KvA, GLvB
Limitación a la aplicación del derecho penal	PivC, KvA, TDvP, PvV, URvV
Referencia a la jurisprudencia europea	UTvC, IBvP, HUvCR, RCvPy, KvA
Protección de los periodistas	IBvPe, RvV, PvV, FDAvA
Proporcionalidad de cualquier condición restricción o sanción	HUvCR, PvV, URvV, FDAvA
Referencia directa a la Opinión Consultiva OC/5-85	HUvCR, RCvPy
Mención a que la libertad de expresión comprende la de prensa	TDvP, PvV
Proporcionalidad de las medidas para la protección de la honra y el honor	KvA, TDvP
Libertad de expresión y procesos electorales	RCvPy
Equilibrio entre la vida privada y la libertad de expresión	FDAvA
Derecho a la verdad	GLvB
Excepciones legítimas a la censura previa (protección a la moral de la niñez)	UTvC

<sup>452</sup> Párrafo 74 de esa sentencia, pág. 20, en donde se hace referencia al caso *Kimel*, párr. 78; así como a los casos europeos *Mamère vs. Francia*, no. 12697/03, del 7 de noviembre de 2006, párrafo 27 consultable en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-77843>, además del caso *Castells vs. España*, del 23 de abril de 1992, párrafo 46, visible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57772> y *Cumpăna y Mazăre vs. Rumania*, del 17 de diciembre de 2004, párrafo 115, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67816>, el que a su vez hace eco mutatis mutandis de los casos *Feridun Yazar vs. Turquía*, y *Sürek y Özdemir vs. Turquía* acerca de la imposición de sanciones penales con motivo del ejercicio de la libertad de expresión, este último es referencia como hemos señalado, desde el caso *Ivcher Bronstein*.

\*Casos: 1. "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile = **UTvC**; 2. Ivcher Bronstein vs. Perú = **IBvP**; 3. Herrera Ulloa vs. Costa Rica = **HUvCR**; 4. Ricardo Canese vs. Paraguay = **RCvPy**; 5. Palamara Iribarne vs. Chile = **PIvC**; 6. Claude Reyes y otros vs. Chile = **CRvC**; 7. Kimel vs. Argentina = **KvA**; 8. Tristán Donoso vs. Panamá = **TDvP**; 9. Ríos y otros vs. Venezuela = **RvV**; 10. Perozo y otros vs. Venezuela = **PvV**; 11. Usón Ramírez vs. Venezuela = **URvV**; 12. Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia = **CVvCI**; 13. Gomes Lund y otros vs. Brasil = **GLvB**; y 14. Fontevecchia D'Amico vs. Argentina = **FDAvA**. Fuente: elaboración propia.

#### **iv. Otros estándares en materia de libertad de expresión y acceso a la información**

Hemos podido apreciar cómo en el ámbito de Naciones Unidas, las limitaciones a los derechos humanos han sido desarrolladas en una serie de directrices complementarias a lo establecido en los pactos de derechos humanos, las cuales explicitan sus disposiciones y las aclaran, como los criterios elaborados por otros órganos no jurisdiccionales, entre los que se encuentra el Comité de Derechos Humanos de conformidad con el art. 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual es dependiente del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. El Comité ha elaborado una serie de observaciones generales, que conviven con una serie de principios relativos a las limitaciones a los derechos humanos, por ejemplo, con los Principios de Siracusa, concernientes al propósito y alcances de la limitación y derogación del pacto internacional de derechos civiles y políticos.

De igual forma, hemos aludido a diversos criterios del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, establecido en el año 1993 por la entonces Comisión de Derechos Humanos, quien ha emitido una gama de criterios sobre la materia que incluyen reportes especiales, informes por país e informes anuales en el marco del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; con respecto a este Relator, prevalece una situación análoga en el ámbito de la OEA y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tiene una Relatoría especializada en libertad de expresión, derecho del artículo 13 de la Convención. La Relatoría fue creada en octubre de 1997 por decisión de esta Comisión, y se refrendó al año siguiente cuando se establecieron sus características y funciones; además ese año de 1998, mediante la Declaración de Santiago adoptada en abril, la Relatoría fue apoyada por los Estado de la OEA en el marco de la Segunda Cumbre de las Américas.<sup>453</sup> La Relatoría americana incluye en su marco normativo, algunos estándares complementarios a la Convención Interamericana, como la Declaración de principios sobre libertad de expresión, adoptada en Washington, octubre de 2000; los Principios de Lima (sobre libertad de expresión, en particular lo relativo al acceso a la información) del

---

<sup>453</sup> <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=52&IID=2>

16 de noviembre de 2000; y la Carta Democrática Americana, adoptada en Lima, Perú, 11 septiembre de 2001.<sup>454</sup>

**a. Limitaciones en la Declaración de principios sobre libertad de expresión<sup>455</sup>**

Su ámbito material se refiere principalmente a los de la comunicación o información periodística y la función pública. Esta declaración contiene 13 principios que consagran diversos aspectos de la libertad de expresión y el acceso a la información. No establece un principio específico relativo a las limitaciones, pero sí enuncia diversos aspectos concernientes a sus alcances, principalmente de forma prohibitiva como en el caso del principio 5, relativo a la censura previa de la que demanda estar en la ley, así como respecto de los monopolios informativos los cuales deben sujetarse a leyes antimonopólicas, principio 12.

**b. Limitaciones a los derechos en los Principios de Lima<sup>456</sup>**

Se trata de una declaración de principios que abarca 10 de ellos y se orienta básicamente a la materia de acceso, el principio 8. Excepciones al acceso a la información detalla esta materia y pone atención a las restricciones establecidas en la Constitución o en una ley, mientras que para limitaciones basadas en motivos de seguridad, exige requisitos de excepcionalidad en situaciones de extrema violencia donde haya peligro inminente del colapso del sistema. Otra excepción contenida en este principio radica en el respeto al derecho a la intimidad; asimismo, se pronuncia respecto de las leyes de privacidad, señalando que éstas no deben restringir la información de interés público. Exige además en caso de negativa de la información, una justificación por escrito y demostrar que concuerda con el régimen de excepciones; además salvaguarda el derecho del solicitante para requerir a una autoridad judicial la revisión de la validez de la negativa. En lo relativo al régimen de clasificación de información, este principio exige se señalen casos, plazos y procedimientos razonables, prohibiendo la clasificación por un periodo indefinido.

---

<sup>454</sup> La Carta Democrática señala en su artículo 4 que “son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.” Disponible en: [http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta\\_Democratica.htm](http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm)

<sup>455</sup> <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&IID=2>

<sup>456</sup> <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=158&IID=2>

## **v. Algunos estándares provenientes de la sociedad civil elaborados con la participación de académicos y funcionarios internacionales**

La sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales han adquirido un papel importante en la generación de estándares sobre la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información; algunos expertos, representantes de organismos internacionales han sido partícipes en los procesos de creación de estándares en la materia. En ocasiones, éstos se proveen amplias interpretaciones de los derechos humanos, y en otras, se han enfocado en derechos en lo particular; el derecho humano a la libertad de expresión ha sido uno de los ámbitos con un desarrollo más notorio. La importancia de la colaboración de integrantes de organismos internacionales en ese proceso de creación radica en la legitimidad que adquieren con su presencia, esos desarrollos normativos al ser elaborados por los especialistas en la materia. Paradójicamente, no es claro cómo se elaboran esos parámetros, ni cómo se someten a discusión, ni si existe una comisión que elabore o tome en cuenta la mayor diversidad de puntos de vista en las discusiones sobre los contenidos.

A manera de ejemplo de estos estándares, pueden mencionarse, los Principios de Johannesburgo (1996), la Declaración de Atlanta y el Plan de Acción para el Derecho de Acceso a la Información (2008), los Principios de Camden (2009) los Principios de Tshwane (2013), en cada uno existen planteamientos generales sobre la amplitud del derecho o derechos materia de la protección, así como señalamientos precisos acerca de sus restricciones.

### **a. Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información<sup>457</sup>**

Esta declaración fue elaborada en esa ciudad sudafricana en el año de 1996, con la importante participación de la organización no gubernamental artículo 19. El documento cuenta dos secciones dedicadas respectivamente a señalar los alcances de las restricciones de a la libertad de expresión y del acceso a la información.

En el primer caso, señala en su principio 6 que el Estado no puede aplicar restricciones a la libertad de expresión aduciendo afectaciones a la seguridad nacional, sin demostrar que la expresión tiene la finalidad de incitar violencia inminente; o pudiera dar lugar a ella, y que exista una conexión directa e inmediata entre la expresión y la probabilidad de esa violencia. Incluso el principio 10 protege la interferencia que grupos privados o individuos pudieran tener en esta libertad,

---

<sup>457</sup> <http://www.article19.org/data/files/medialibrary/1803/Johannesburg-Principles.Spa.pdf>

señalando la obligación de los gobiernos tomar medidas razonables para evitar esa intromisión.

Mientras que sobre las restricciones a la libertad de información, particularmente en el caso de la información relativa a la seguridad nacional, el principio 11 aclara que no se podrá imponer restricción, a menos que el gobierno pueda demostrar que tal restricción sea prescrita por ley y que sea necesaria en una sociedad democrática para proteger un interés legítimo de seguridad nacional. Esta idea es redondeada por el principio 12 que exige el señalamiento en la ley de categorías específicas y estrictas de información que sea necesario no revelar para proteger un interés legítimo de seguridad nacional.

#### **b. Declaración de Atlanta y Plan de acción para el Derecho de acceso a la información<sup>458</sup>**

Esta Declaración emanada de la Conferencia Internacional sobre el derecho a la Información Pública en febrero de 2008, realizada con la participación del Centro Carter en Atlanta, Georgia, Estados Unidos, conforma un estándar internacional de la sociedad civil y la academia, con relación a la solicitud ante organismos internacionales, agencias, en general, instituciones públicas. En su parte declarativa este documento incluye 7 numerales, algunos de los cuales incluyen principios específicos.

De acuerdo con el numeral 3, el acceso a la información abarca a los organismos internacionales sin distinción. El numeral 4 señala los principios que deben recoger las leyes sobre acceso, a saber: que este derecho se extienda a los tres poderes y a todos los ámbitos y niveles de acción del Estado; este criterio debe aplicarse a actores no estatales cuando reciban fondos públicos o presten servicios públicos, así como a grandes corporaciones (como apunta el numeral 5). El principio g del numeral 4, trata el tema de las excepciones, al señalar que éstas deben estipularse en la ley, redactarse precisa y específicamente, y limitarse a las permitidas por la ley internacional; determina además que el interés público debe predominar sobre toda excepción, y prevalecerá cuando sea mayor al potencial daño.

Por su parte el plan de acción enuncia 16 estrategias dirigidas al Estado, a la sociedad civil y a los particulares interesados en la defensa de ese derecho.

---

458

[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_a\\_la\\_informacion\\_recomendaciones\\_de\\_politicas\\_declaracion\\_de\\_atlanta.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_a_la_informacion_recomendaciones_de_politicas_declaracion_de_atlanta.pdf)

### **c. Principios de Camden sobre la libertad de expresión y la igualdad<sup>459</sup>**

Otro estándar importante es conformado por los principios de Camden, adoptados en esa localidad en Londres, Inglaterra, en febrero de 2009, donde se señalan diversas reglas para la restricción a la libertad de expresión. En su preámbulo, se señala la cómo ha sido importante la partición de la sociedad civil en la promoción de los derechos de grupo desaventajados o vulnerables y se reiteran como un conjunto de principios que reafirman el propósito de la Declaración Universal de que todo individuo y todo órgano deben esforzarse por promover el respeto a los derechos y asegurar su vigencia universal.<sup>460</sup>

El principio 2 “Marco jurídico para la protección del derecho a la libertad de expresión”, aclara: 2.2. “... los Estados deberán asegurar que las disposiciones constitucionales nacionales expongan claramente los límites de las restricciones admisibles al derecho a la libertad de expresión, incluso que dichas restricciones deberán ser previstas por la ley, ser estrechamente definidas para servir a un interés legítimo reconocido en la constitución y ser necesarias en una sociedad democrática para proteger dicho interés.”<sup>461</sup>

Mientras que el principio 11 dedicado a las Restricciones, señala en la sección 11.1, que además de estar previstas en la ley, éstas deberán proteger los derechos o reputación de otras personas, la seguridad nacional o el orden público, la salud o la moralidad pública (aunque no se aclare que es la moralidad pública), además, ser necesarias en una sociedad democrática.

Adelante, establece las características de las restricciones: i. ser claras y estrechamente definidas y corresponde a una necesidad social apremiante; ii. ser lo menos intrusivas y restrictivas posibles; iii. no ser excesivas para restringir exclusivamente discursos dañinos; y iv. tener proporcionalidad entre el interés que protegen y el daño a la libertad de expresión.

### **d. Principios de Tshwane sobre Seguridad Nacional y Derecho a la Información<sup>462</sup>**

En la elaboración de los Principios de Tshwane sobre Seguridad Nacional y Derecho a la Información, del 12 de junio de 2013, creados en la ciudad de ese

---

<sup>459</sup> <http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/los-principios-de-camden-sobre-la-libertad-de-expresion-y-la-igualdad.pdf>

<sup>460</sup> *Ibidem.* p.4

<sup>461</sup> *Ibid.* p. 5.

<sup>462</sup> [http://www.right2info.org/resources/publications/national-security-page/principios-sobre-la-seguridad-nacional-y-el-derecho-a-la-informacion/at\\_download/file](http://www.right2info.org/resources/publications/national-security-page/principios-sobre-la-seguridad-nacional-y-el-derecho-a-la-informacion/at_download/file).

nombre en Sudáfrica, participaron alrededor de 500 especialistas en la materia y se contó con la presencia de los relatores especiales de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, y sobre la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo; las Relatoras Especiales de las Comisiones Africana y Americana sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información, y la Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la libertad de los medios.

El tema de las restricciones se desarrolla principalmente en dos secciones: parte II: Información que puede ser retenida en forma legítima por razones de seguridad nacional e información que debería ser divulgada, y la parte VIII: Principio final, relativo a la interpretación de las restricciones.

En la Parte II se enuncian los casos en que la información puede legítimamente retenerse: “i. Información sobre operativos de defensa en curso y cuestiones sobre capacidad durante el período en que la información resulte de utilidad operativa; ii. Información sobre la producción, competencia, o uso de los sistemas de armamentos y otros sistemas militares incluidos los sistemas de comunicaciones. iii. Información sobre medidas específicas destinadas a resguardar el territorio del Estado, infraestructura crítica o instituciones nacionales fundamentales (*institutions essentielles*) contra amenazas, uso de la fuerza o sabotajes, y su efectividad depende de su confidencialidad; iv. Información perteneciente a, o derivada de, operaciones, fuentes y métodos de los servicios de inteligencia, siempre que conciernan a asuntos relativos a la seguridad nacional, por último, v. Información relativa a asuntos de seguridad nacional transmitida por un Estado extranjero u organismo intergubernamental y acompañada por una advertencia expresa sobre su carácter confidencial; y otras comunicaciones diplomáticas que tengan que ver con asuntos relativos a la seguridad nacional.”

Mientras que el principio 50, de la parte final VIII, aclara: “No se interpretará que lo establecido en estos Principios restringe o limita ningún derecho a información reconocido por las leyes o estándares internacionales, regionales o nacionales, ni tampoco ninguna de las disposiciones del derecho nacional o internacional que otorguen una protección más amplia a la divulgación de información efectuada por personal de entidades públicas u otras personas.”

Debe advertirse que la proliferación de estándares requerirá una sistematización que permita el ejercicio más pleno de los derechos; estos nuevos estándares deben ser un ejemplo de transparencia de modo que lo conveniente es que sus procesos de creación sean más abiertos e inclusivos, involucrando también a los



destinatarios finales de sus prescripciones, a las personas comunes, no exclusivamente a los especialistas, ello contribuirá a hacer más accesible el ejercicio de los derechos humanos.

### **Conclusiones**

Primera.- La libertad de expresión forma parte de los derechos del hombre. Ese derecho tiene un carácter ambivalente y abarca el derecho de manifestar o exteriorizar las ideas, opiniones o preferencias, mediante cualquier recurso al alcance del ser humano, o su contrario, el derecho a no expresarse, guardarse reserva; y en segundo lugar, asume una forma instrumental, al constituir un medio o un factor para que otros derechos se exterioricen, es decir, favorece la expresión de diversas libertades, la libertad de creencias, la libertad de cátedra, la libertad de empresa, entre otras; estas libertades, si bien tienen un sustrato interior o íntimo y personal, regularmente implican una práctica que es pública o una forma social de su ejercicio. En otras palabras, la libertad de expresión constituye la expresión de la libertad.

Segunda.- Los componentes de la libertad de expresión so: la libertad de expresión en un sentido estricto y el acceso a la información (o derecho a la información); actualmente se reconoce un derecho subyacente que es el derecho a la verdad, como una expresión del acceso a información pero vinculado al contexto de transiciones a la democracia.

Tercera.- Desde sus primeros trazos, representados por las Constituciones de Virginia y Pennsylvania, ambas de 1776 y en su décimo segundo precepto, y el posterior más elaborado numeral XI de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se conservan elementos comunes como son la descripción del contenido del derecho: hablar, escribir y publicar libremente y responder por el abuso de esa libertad en los casos determinados por la ley.

Cuarta.- En nuestro país, a partir del inicio de la Independencia y hasta 1857, pueden señalarse cerca de doce antecedentes importantes a la libertad de expresión, los cuales en ocasiones se funden con la libertad de imprenta, en los límites generales reconocidos por esas legislaciones básicas o proyectos de las mismas, se encuentran el ataque a la religión, la perturbación de la paz pública, la moral, los derechos de otras personas, la vida privada y el honor y la provocación de un delito.

Quinta.- Los límites constitucionales del derecho humano a la libertad de expresión se componen por un ámbito interno y otro externo, una separación didáctica en virtud de la unidad del derecho, en ambos casos, son desarrollados por las declaraciones de derechos del siglo XVIII, declaraciones contemporáneas,

normas, interpretaciones de los derechos y precedentes jurisprudenciales; a lo anterior, se deben sumar algunos estándares emanados de la sociedad civil donde intérpretes “oficiales y especializados” pertenecientes a los ámbitos de protección, han tomado parte y son referenciados en sus determinaciones, tal es el caso del Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Expresión y Opinión. También debe considerarse el derecho comparado como un elemento importante en el desarrollo de las limitaciones.

Sexta.- En su aspecto “interno”, el art. 6 constitucional es uno de los eslabones del derecho humano a la libertad de expresión, junto con el art. 7º y 8º, los arts. 1º (éstas disposiciones en su aspecto sustantivo); y los artículos 103, 105 y 107, en relación con el 133, y el art. 29.

Séptima.- A partir de sus reformas, el art. 6º ha adquirido gran complejidad en dos apartados, A y B: el A se encuentra dedicado al acceso a la información, mientras que el apartado B es relativo a las telecomunicaciones; a pesar de su división en dos sectores, este precepto regula tres aspectos, a saber: la libertad de expresión, el acceso a la información y aspectos tecnológicos relacionados con las comunicaciones como los principios reguladores de las empresas de medios.

Octava.- A pesar de las enmiendas, la parte inicial del art. 6, conserva su esencia original, enunciando las limitaciones a la libre manifestación de las ideas, se señalan los siguientes casos: ataque a la moral, la vida privada, derechos de terceros, provocación de un delito, perturbación del orden público, que corresponden los límites generales, de acuerdo con la propia mención que hace el artículo 7º, sobre la libertad de difundir opiniones, información o ideas, al establecer en su párrafo segundo: “Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución.”

Novena.- Debe reconocerse que en el ámbito interno, la protección más amplia o la establecida con mayor claridad con respecto al acceso a la información se enuncia en la Ley Federal de Transparencia porque incluye en su art. 6 que se interpretará de acuerdo con la Constitución los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicanos y por la interpretación que hagan los órganos internacionales especializados.

Décima.- La fracción I del art. 6 de esa normatividad hace una amplia enunciación de sujetos obligados al respeto del acceso a la información: “cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como

de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal.”

Ese precepto señala además las causas para su reserva como son: temporalidad, por razones de interés público y seguridad nacional, y en los términos de las leyes, prevaleciendo en la interpretación de ese derecho, el principio de máxima publicidad.

Décimo primera.- Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el párrafo sexto de la fracción VIII del apartado A del artículo 6° constitucional, señala que las excepciones o límites al derecho humano de acceso a la información que son: la reserva y la confidencialidad, las cuales se establecerán en la ley (Federal de Transparencia).

Décimo segunda.- Debe tenerse presente que el criterio establecido en el art. 8 constitucional que señala los requisitos para el derecho de petición, como las características del acceso a la información: por escrito, pacífica y respetuosamente.

Décimo tercera.- Proveniente del ámbito externo, el estándar tanto la Convención Americana en su artículo 13, como el pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 19, señalan los elementos que incluye la libertad de expresión y en cuanto a sus restricciones señalan su establecimiento en la ley, deben garantizar el respeto a la reputación, la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

Décimo cuarta.- derivado de lo dispuesto en la Convención Americana los cerca de 14 caso sobre la libertad de expresión La afirmación de que el derecho humano a la libertad de expresión constituye uno de los pilares de la sociedad democrática, enuncia la una frase sacramental tomada del artículo 15 de la Convención relativa al derecho de reunión; esa frase es repetida con regularidad en cada sentencia o resolución que tiene por tema este derecho fundamental, ya sea que se trate de una resolución derivada de un organismo jurisdiccional; en cualquiera de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos reconocidos: europeo, americano y africano se puede apreciar cómo esta afirmación del vínculo entre vida democrática y libertad de expresión es reafirmado. También, dicha frase puede inscribirse en algún reporte, informe o comentario elaborado por algún órgano de seguimiento de un tratado como los mencionados comités de Naciones Unidas, o bien en los elaborados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Décimo quinta.- El significado de esta repetición es inequívoco: a) los Estados contemporáneos se entienden como regímenes democráticos y suponen un

mínimo de libertades entre las que se encuentra la libertad de expresión; b) esta libertad o derechos humanos debe garantizarse en su ejercicio tanto en el ámbito nacional o interno, como en el internacional; y c) esa garantía puede asumir una fórmula jurisdiccional o no jurisdiccional.

Décimo sexta.- La frase: los derechos no son absolutos significa que no se pueden ejercer de manera ilimitada o sin restricciones, estos encuentran límites precisos en su ejercicio, respecto de otros derechos y algunas circunstancias, es decir, se limitan. Las limitaciones se pueden plantear de modo siguiente:

La razón limita la libertad. Una libertad (o un derecho) que no encuentre un mínimo freno no se puede entender como libertad, pues la libertad se presenta como un producto social humano, un producto de la razón. Los límites al ejercicio de la libertad o de cualquier derecho comienzan por la propia razón del sujeto.

La libertad limita la libertad. El ser humano aislado no puede decirse libre porque la libertad se entiende en dirección a la consecución de un objetivo y en relación a alguien. Lo que equivale a decir que la libertad encuentra su límite en la libertad de otro ser humano igualmente libre para algo, una libertad no dirigida hacia algo o con relación a algo, es decir sin contenido, no es más que una quimera.

La norma jurídica limita la libertad. Las libertades pueden entrar en conflicto, éstas pueden ser del mismo tipo o contenido, o bien ser diversas. La libertad o libertades que interesan regular al derecho y cuyo ejercicio también es favorecido, son las libertades concretas o manifestaciones de la libertad que tienen la posibilidad de crear consecuencias para el ejercicio de otras libertades o derechos, las libertades públicas, lo que equivale a decir que la libertad encuentra su límite en el ejercicio de la misma libertad. El creador de la ley tomará en cuenta los ámbitos de la vida en sociedad y promoverá desde la creación normativa, su ideal jurídico-social.

La autoridad apoyada en la ley limita la libertad. Las autoridades tienen por misión la aplicación de la ley, ya sea desde el ámbito de la administración, o como el poder de decidir controversias de acuerdo con un ámbito competencial específico.

Décimo séptima.- En su ámbito externo, se señalan prohibiciones en razón de la materia, tales como las mencionadas en el artículo 13.5 de la Convención al referirse a la prohibición al discurso en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas.

Décimo octava.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos, señaló los requisitos que se deben cumplir para regular o restringir legítimamente los derechos y libertades que se consagran en la Convención que son:

- 1) la legalidad de la medida restrictiva;
- 2) la finalidad de la medida restrictiva; y
- 3) la necesidad de la medida en una sociedad democrática,
- 4) se puede entender como una característica general a la proporcionalidad de la medida restrictiva que a su vez comprende los siguientes aspectos:
  - i) la existencia de una necesidad social imperiosa - interés público imperativo y la elección del medio idóneo para la restricción;
  - ii) la elección de un medio idóneo;
  - y iii) la proporcionalidad respecto del interés que se justifica y adecuación al logro del fin legítimo.

Décimo novena.- En relación con la Sexta conclusión, se debe señalar que el régimen general de la suspensión de derechos art. 29 constitucional y el art. 27 de la Convención Americana, son aplicables a la libertad de expresión, pues no se enuncia entre los derechos que se exceptúan; sin embargo, para suspender el derecho bajo ese régimen debe señalarse y agotarse el procedimiento constitucional que obedece a los siguientes motivos: invasión, perturbación grave de la paz pública o grave peligro o conflictividad social. Además, deben cumplirse las características de la restricción: su establecimiento por un tiempo limitado, mediante prevenciones generales; de manera fundada, motivada, la suspensión debe ser proporcional al peligro que se enfrente y apegada a los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Vigésima.- Las restricciones a la libertad de expresión deben tomar en cuenta los estándares desarrollados por conferencias especializadas en las cuales se han establecido declaraciones de principios de alcance mundial que pretenden pormenorizar los derechos de libertad de expresión e información. Los estándares en cuyo desarrollo ha participado la sociedad civil, la academia y los funcionarios públicos internacionales como los relatores de los sistemas Americano, Africano y de Naciones Unidas, han legitimado esos desarrollos con su inclusión en los informes que realizan con motivo de su actividad. A dichos estándares deben sumarse conjuntos de “buenas prácticas”, códigos de ética y leyes modelo.

Vigésima primera.- Los estándares se orientan hacia la garantía de la libertad de expresión en un sentido estricto, aunque paulatinamente confieren un papel más preponderante al acceso a la información, la transparencia y la rendición de cuentas. En algunas ocasiones se han malentendido las finalidades de hacer un sistema transparente y se ha llegado a extremos donde puede poner en riesgo la decisión de los órganos jurisdiccionales como en el caso de transmisiones de sesiones de la Suprema Corte de Justicia, poniendo en riesgo la objetividad de sus decisiones.

Vigésimo segunda.- Una de las temáticas comunes a esos estándares radica en el tema de la garantía del acceso a la información frente a posibles afectaciones a la seguridad nacional, como una causa de restricción y reserva de información, los estándares se han especializado y pormenorizado favoreciendo el ejercicio de ese derecho. Un ejemplo de ello son los Principios de Tshwane sobre Seguridad Nacional y Derecho a la Información, del 12 de junio de 2013, creados en la ciudad de ese nombre en Sudáfrica, donde participaron cerca de 500 especialistas, nos interesa destacar lo pormenorizados que resultan dichos principios en el tema de las restricciones, el cual se desarrolla principalmente en dos secciones: parte II: Información que puede ser retenida en forma legítima por razones de seguridad nacional e información que debería ser divulgada: “i. Información sobre operativos de defensa en curso y cuestiones sobre capacidad durante el período en que la información resulte de utilidad operativa; ii. Información sobre la producción, competencia, o uso de los sistemas de armamentos y otros sistemas militares incluidos los sistemas de comunicaciones. iii. Información sobre medidas específicas destinadas a resguardar el territorio del Estado, infraestructura crítica o instituciones nacionales fundamentales contra amenazas, uso de la fuerza o sabotajes, y su efectividad depende de su confidencialidad; iv. Información perteneciente a, o derivada de, operaciones, fuentes y métodos de los servicios de inteligencia, siempre que conciernan a asuntos relativos a la seguridad nacional...”.

Vigésimo tercera.- Las materias de esos estándares permiten el ejercicio de la libertad de expresión y del acceso a la información (que cobra cada vez más autonomía), hacia la actividad de los organismos internacionales, la empresas y actores no estatales; y señalan como en el caso de la Declaración de Atlanta y Plan de acción para el avance del derecho de acceso a la información de 2008, que las excepciones deben estipularse en la ley, redactarse precisa y específicamente y limitarse a las permitidas por la ley internacional; determinan además que el interés público debe predominar sobre toda excepción, y prevalecerá cuando sea mayor al potencial daño.

Vigésimo cuarta.- Los estándares de este tipo no sustituirán a la Constitución ni a normas mayormente favorables al ejercicio de los derechos, constituyen elementos de apoyo para la mejor comprensión y ejercicio de las libertades o derechos humanos, como se menciona en los principios de Camden, adoptados en esa localidad en Londres, Inglaterra, en febrero de 2009, que reiteramos: “2.2. (...) los Estados deberán asegurar que las disposiciones constitucionales nacionales expongan claramente los límites de las restricciones admisibles al derecho a la libertad de expresión, incluso que dichas restricciones deberán ser previstas por la ley, ser estrechamente definidas para servir un interés legítimo

reconocido en la constitución y ser necesarias en una sociedad democrática para proteger dicho interés.”

Vigésimo quinta.- El surgimiento de esos principios abre la posibilidad de ofrecer un ejercicio más abierto de los derechos humanos, sin embargo, debe tomarse en consideración que los derechos deben entenderse en su complejidad, progresividad, accesibilidad y como parte de un contexto que tienda a la mayor protección de la persona.

## Conclusiones generales

Las conclusiones expuestas al final de cada capítulo expresan algunos de los puntos que consideramos, delinear o pueden tomarse en consideración acerca de las materias que abarca cada una de las cuatro partes. Las presentes conclusiones o comentarios finales constituyen una reflexión sobre algunas circunstancias que se vinculan a los temas básicos de este trabajo, a saber: la Constitución, los derechos humanos, la libertad de expresión y las restricciones a los derechos humanos, a partir elementos relacionados con ese derecho humano que lo convirtieron en un derecho humano tipo.

Primera. Para efecto de aproximarnos al estudio de las normas y los conceptos, a lo largo de este trabajo, es posible enunciar dos elementos que se destacan porque contribuyen a entender cómo funcionan los conceptos derechos humanos y Constitución; en ocasiones, se pone énfasis en el contexto y en otras ocasiones en la finalidad de las normas. Omitimos hacer una mención a este o tal es el “contexto”, por su parte, respecto del aspecto teleológico hemos aclarado con mayor frecuencia a qué nos referimos. Acerca del elemento contextual, nos referimos al sitio donde surgen, interpretan, se ubican y aplican las normas; en cuanto a la finalidad, ésta consiste en señalar para qué fueron creadas, qué finalidad intentan cumplir o qué necesidad pretenden satisfacer; de manera que al apoyarnos en esos elementos, diríamos que hemos seguido un tipo de *contextualismo teleológico*. Los conceptos del derecho pueden entenderse desde dos puntos de vista que son complementarios; en primer lugar, señalaremos que los conceptos se entienden desde la significación que tienen en el contexto de la teoría que los anima, como puede ser una determinada teoría o postura sobre el derecho, o bien, formando parte de alguna dogmática jurídica, e incluso ambas podrían ser coincidentes. En los dos casos, nos encontraremos ante un tratamiento especulativo de los conceptos jurídicos, es decir, que el contexto en que se explican los temas de nuestro estudio es eminentemente teórico y especulativo.

Además, los conceptos jurídicos pueden estudiarse desde su relación con la práctica, en este caso nos estaríamos refiriendo a su efectividad, y su búsqueda por la coincidencia entre el contenido de las normas y las realidades que se consignan en las disposiciones jurídicas, es decir, desde el punto de vista de su eficacia. El problema de la eficacia de las normas jurídicas se ha vinculado con disciplinas auxiliares como puede ser la sociología del derecho; así, diríamos que el contexto en este caso se relaciona con la praxis del derecho, es decir, el contexto es eminentemente práctico.



Las normas jurídicas son eficaces cuando encuentran una identidad entre el contenido de la norma y aquel segmento de la realidad al cual se encuentra vinculado. Esta situación pareciera no tener mayor complicación, sin embargo, depende de una multiplicidad de factores que ello ocurra. Las normas se encuentran vinculadas con otras normas y en ocasiones consagran o incluyen otros elementos que tornan su eficacia un tema complejo, tal es el caso de aquellas que consagran un valor determinado, el cual en ocasiones equivale a un fin en sí mismo. El derecho por sí, es un continente vacío, un elemento formal que se dota de contenido y éste puede ser técnico, valorativo o de ambas especies.

Las normas jurídicas persiguen finalidades en lo general y finalidades específicas, dependiendo del contexto donde se originen y al que se aplicarán. Una finalidad en sentido general es lo que se reconoce como los fines del derecho, el orden, la paz, la seguridad, la felicidad; mientras que una finalidad específica se relaciona con el lugar que ocupa una disposición como segmento de un sistema u ordenamiento.

Segunda. En la aplicación y en el propio conocimiento de las normas, es decir, en su estudio, los operadores del derecho deben tomar en cuenta los elementos teleológico y axiológico impresos en las normas; las normas sobre derechos humanos son el campo más fecundo en cuanto al reconocimiento de algún valor como parte estructural de las mismas. Nos referimos a los valores en su sentido axiológico, libertad, justicia, igualdad.

Tercera. Atendiendo a la finalidad que es brindar la mayor protección a las personas, debemos comenzar a reconocer que el Estado si bien, ya sea individualmente a través de la generación de normas; o colectivamente a través de la celebración de tratados y actuando indirectamente, a través de organismos internacionales mantiene el monopolio de la creación normativa, se encuentran adquiriendo importancia cada vez mayor los criterios de órganos e intérpretes especializados; el ejemplo que hemos tomado de la libertad de expresión constituye una clara muestra del proceso que se vive; en otras palabras, el Estado mantiene el monopolio de la creación de las normas, pero la evolución del derecho está llevando a que otras fuentes jurídicas adquieran importancia, al surgimiento de nuevos parámetros. En ese proceso de creación normativo, reluce la jerarquía constitucional que tienen dichas normas, es un elemento de su propio aseguramiento, de su cumplimiento, del mantenimiento de su papel como guía o límite mínimo para el ejercicio y protección de los derechos.

Además, nos habíamos referido al aspecto axiológico de las normas de derechos humanos y habíamos dejado en claro la finalidad de estas normas supremas, la cual radica en brindar la mayor protección a los derechos de la persona; es por

este motivo que no puede plantearse distinción entre las normas de derechos humanos y el resto de las disposiciones constitucionales.

Cuarta. Si tomásemos en cuenta a las fuentes del derecho como nuestro referente, quizá podríamos vincular muy cercanamente a los mencionados nuevos parámetros normativos, como es el caso de los referidos al final del capítulo IV, como una de las maneras en que la doctrina en los siglos XX y XXI se ha comenzado a expresar. En ese sentido, la especificidad que adquieren los nuevos parámetros normativos se debe en gran parte a la necesidad de dotar de claridad y sentido a las normas contenidas en instrumentos, de ofrecer quizá rutas más actualizadas para la aplicación de los preceptos, es decir, dotar a las normas de nuevos contextos para que su finalidad de brindar una protección más favorable se mantenga. El motivo de esa consideración radica en el papel destacado que tienen los especialistas en el desarrollo de esos estándares. Es así como en orden a su aplicación y al cumplimiento de su finalidad, no debe representar una dificultad para el operador del derecho, la utilización de las normas de derechos humanos que están contenidas en las normas constitucionales, así como de aquellas emanadas de fuentes internacionales, las cuales suelen acompañarse de criterios o estándares que apoden ayudarle en la orientación de su criterio en orden brindar a una mayor protección de la persona. El derecho a la libertad de expresión ha sido uno de los ámbitos donde se han generado muchos ejemplos de esos criterios, tanto para el ejercicio como para la restricción de los derechos.

Quinta. La eficacia de los derechos humanos radica en diversos factores y no constituye una responsabilidad exclusiva de los juzgadores o instancias de aplicación, un elemento imprescindible es el factor educativo; éste constituye quizá uno de los elementos más necesarios para que las normas tengan plena efectividad, pues principia con el conocimiento de las mismas, pues es imposible respetar o querer aquello que se desconoce; ahí radica la importancia de que los derechos sean mayoritariamente accesibles a sus destinatarios, una expresión verdaderamente democrática de los derechos, donde la Constitución es un vehículo idóneo para esa transmisión del conocimiento jurídico. En otro aspecto, la accesibilidad de los derechos debe ligarse al multilingüismo.

La eficacia de los derechos humanos significa el mantenimiento de un equilibrio entre éstos y con respecto a su ejercicio. Es una condición o presupuesto que se vincula con la posibilidad de su existencia, puesto que éstos no pueden ejercerse de modo absoluto o ilimitado, donde quiera que se desarrollen éstos encontrarán límites a su ejercicio, condiciones o restricciones; las decisiones sobre los derechos y sus interpretaciones van delineándolos y señalando las características de esos límites, los límites de igual modo deben tender al mejor ejercicio de los derechos, por lo que no deben señalarse de modo arbitrario en las leyes, ni su

aplicación ser desproporcionada. En la aplicación e interpretación de los derechos, se encuentran a nuestro favor las directrices del contexto y la finalidad que busca cumplir la norma, la necesidad para la cual se crea. En el caso particular de la libertad de expresión, reviste gran importancia la educación y capacitación de las autoridades encargadas del orden público, el ejercicio de este derecho no puede ser violento, como tampoco puede serlo su tratamiento, manejo o respuesta.

Es conveniente tener presente que la Constitución no está sufriendo algún desplazamiento o pérdida de importancia frente a otras fuentes normativas emergentes, por el contrario, sigue nuevos derroteros, adquiere nuevas expresiones que la conducen a una mayor efectividad, se nutre con elementos que la actualizan y dan cuenta del carácter dinámico de lo jurídico, tanto de las normas como del pensamiento jurídico, que le imprimen mayor racionalidad.

## Bibliografía, hemerografía y referencias electrónicas

### A. Libros

- ALADAR METALL, Rudolf, *Hans Kelsen. Vida y Obra*, trad. Javier Esquivel, México, UNAM-IIJ, 1976.
- ALEXANDROV, N.G. *et al.*, *Teoría del estado y del Derecho*, trad. A. Fierro, Grijalbo, México, 1966.
- APARICIO WILHELMI, Marco, *La construcción de un orden público constitucional complejo. Derechos y Constitución en el Estado español como Estado Autonomo e integrado en la Unión Europea*, México, UNAM-IIJ, 2009.
- AQUINO, Tomás de, *Suma Teológica. Selección*, 22ª. reimp., c. 90, aa. 3 y 4, y c. 91, aa. 1 y 2, Austral, México, 2001.
- AQUINO, Tomás de, *Tratado de la ley*, 6º ed., trad. Carlo Ignacio González, Porrúa, México, 1975.
- ARISTÓTELES, *La constitución de Atenas*, trad. Antonio Tovar, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1948.
- ARISTÓTELES, *Política*, 2ª. reimp. de la segunda edición, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, Bibliotheca Scriptorvm Graecorvm et Romanorvm Mexicana, 2000.
- BARBA SOLANO, Carlos, "Mercado y democracia. Una nueva Europa Central: las enseñanzas de América Latina", en: Barba Solano, Carlos, *et al.* (coords.), *Transiciones a la democracia en Europa y América Latina*, México, Flacso-Universidad de Guadalajara-Miguel Ángel Porrúa, 1991.
- BARRERA GRAF, Jorge, "Codificación en México. Antecedentes del Código de Comercio", en IJ-UNAM, Centenario del Código de Comercio, UNAM-IIJ, México, 1991.
- BASULTO JARAMILLO, Enrique, *Libertad de prensa en México*, México, s/e, 1954.
- BEUCHOT, Mauricio, *El problema de los universales*, México, UNAM, 1981.
- BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos. Los derechos humanos y su fundamentación filosófica*, 6ª. ed., México, Siglo XXI, 2008.
- BENEYTO PÉREZ, Juan, *Fuentes del derecho histórico español*, Barcelona, 1931.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM-IIJ, 1989.
- BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, FCE, 1975.
- BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del derecho*, México, FCE, 1964.
- BUTROS-GHALI, Butros, "The League of Arab States", en Vasak, Karel (edit.), *The International Dimensions of Human Rights. Textbook for the teaching of human rights at university level*, París, 1979.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, *Leyes y Documentos Constitutivos de la Nación Mexicana. De la Crisis del Modelo Borbónico al Establecimiento de la República Federal*, México, Cámara de Diputados LVI Legislatura, v. 1, t. 1, 1997.

- CARDOSO, Ciro, *Introducción al trabajo de la investigación histórica*, 4ª. ed., Barcelona, Crítica-Grijalbo, 1989.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "Algunos comentarios sobre la investigación jurídica y la educación superior en materia de derechos humanos en México," en *Educación en Derecho Humanos*, Secretaría de Relaciones Exteriores, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México- Comisión Europea, México, 2006.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "Los tratados sobre derechos humanos", *XIII Ciclo de Conferencias de Actualización Judicial*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal - Instituto de Estudios Judiciales, 2013.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, "La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Nuevo paradigma*, México, UNAM-IIJ - Porrúa, 2013
- CARR, H., ¿Qué es la historia?, trad. Joaquín Romero M., México, Planeta, 1985.
- CARRIÓ, Genaro, *Sobre el Lenguaje y el Derecho*, 3ª. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986.
- CASSIRER, Ernest, *Antropología filosófica. Introducción a una filosofía de la cultura*, 10ª. reimp., trad. Eugenio Imaz, México, FCE, 1982.
- CATTANEO, Mario, *Il concetto di rivoluzione nella scienza dell diritto*, Italia, Universidad de Milán-Instituto Cisalpino, 1960.
- COLLIARD, Claude-Albert, *Instituciones de Relaciones Internacionales*, trad. Pauline Forcella de Segovia, México, FCE, 1978.
- CONGRESO CONSTITUYENTE 1916-1917, *Diario de Debates*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, tomo I, 1985.
- COMTE, Augusto, "Moral y Derecho" en *La Filosofía Positiva*, edición de Francisco Larroyo, México, Porrúa, 1979.
- COPLESTON, Frederick, *Historia de la Filosofía*, trad. Manuel García de la Mora, Madrid, Ariel, tomo I, De la Grecia Antigua al Mundo Cristiano, 2004.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª. ed., Buenos Aires, Depalma, 1972.
- DENISOV, A. y KIRICHENKO, M., *Derecho Constitucional Soviético*, Moscú, Editorial Progreso, 1959.
- DUVERGER, Maurice, *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, 5ª. reimp. de la 6ª. ed., Ariel, México, 1996.
- ENGISCH, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1967.
- FERNÁNDEZ AREAL, Manuel, *Introducción al Derecho de la Información*, Barcelona, Asesoría Técnica de Ediciones, 1977.
- FERNÁNDEZ CHRISTLIEB, Fátima, "XII. El derecho a la información y los medios de difusión masiva", en: González Casanova, Pablo y Florescano, Enrique (coords.), *México hoy*, México, Siglo XXI, 8ª. ed., 1983.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La protección jurídica de la vida en México y en el mundo”, en León-Portilla, Miguel y Sarukhán, José, *Pensar la vida*, México, Ediciones Era - El Colegio Nacional, 2011.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Evolución y perspectivas del derecho de amparo mexicano y su proyección supranacional”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3ª, ed., México, Porrúa, 2003.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2005.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 15ª ed., México, Porrúa, 2009.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional: 1940-1965*, México, UNAM, 1968.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 8ª. ed., México, Porrúa-UNAM, 2012.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2013.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 30ª ed., México, Porrúa, 1979.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª. ed., México, UNAM-IIJ, tomo I, 2006.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio Histórico-crítico*, México, UNAM-IIJ, 2003.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Fundadores del Derecho Internacional. Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio*, México, UNAM-IIJ, 1989.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl y VALADÉS, Diego, *El Constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM-IIJ, 2013.
- GOODRICH, P., “The role of Linguistics in Legal Analysis”, *Modern Law Review*, Oxford, núm. 4, 1984, en: Pegoraro, Lucio y RINELLA, Angelo, *Introducción al Derecho Público Comparado*, trad. César Astudillo, México, UNAM-IIJ, 2006.
- GRANJA CASTRO, Dulce, *El neokantismo en México. Historia de la filosofía en México*, México, UNAM, 2001.
- GROCIO, Hugo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, Madrid, Reus, 1925.
- HART, Herbert Leonel A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, México, Editora Nacional, 1980.
- HARTMUT, Maurer, *Derecho administrativo alemán*, México, UNAM-IIJ, 2012.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, 6ª. reimp., trad. de Luis Tobio, México, FCE, 1971.
- HERNÁNDEZ SÁNCHEZ-BARBA, Mario, *Formación de las Naciones Iberoamericanas*, Madrid, Anaya, 1988.
- HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 3ª. reimp., México, Minos, 1999.

- HOBBS, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 18ª. reimp., trad. Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 2012.
- IHERING, Rudolph von, *La lucha por el Derecho*, trad. Adolfo Posada y Biesca, México, Porrúa, 1982.
- JAEGER, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, 1ª. reimp. en un solo vol., trad. Wenceslao Roses y Joaquín Xirau, México, FCE, 1967.
- JELLINEK, Jorge, *La Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, México, Editora Nacional, 1984.
- JELLINEK, Jorge, *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- JELLINEK, Jorge, *Teoría general del Estado*, 2ª. ed., trad. Fernando de los Ríos Urruti, México, Compañía Editorial Continental, 1958.
- JESSUP, Philip, C., "The Present State of Transnational Law", en: Bos, Maarten (edit.), *The Present State of International Law and Other Essays written in honour of the Centenary Celebration of the International Law Association 1873-1973*, Países Bajos, Kluwer B. V., Deventer, 1973.
- KELSEN, Hans, *Teoría Comunista del Derecho y del Estado*, 2ª. reimp., trad. Alfredo J. Weiss, Buenos Aires, Emecé Editores, 1958.
- KELSEN, Hans, *La idea del Derecho natural y otros ensayos* trad. Eduardo Coghlan, en la obra, México, Editora Nacional, 1979.
- KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, 1ª. reimp. de la edición de 1994, trad. Carlos Delory Jacobs, México, Trillas, 2010.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 1ª. reimp de la 3ª. ed., trad. Eduardo García Máynez, México UNAM, 2010.
- KRISTELLER, Oskar, *El pensamiento renacentista en sus fuentes*, trad. Federico Patán López, México, FCE, 1982.
- LARROYO, Francisco, *Introducción a la Filosofía de la Cultura*, México, Porrúa, 1971.
- LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Madrid, Cenit, 1931.
- LATORRE, Ángel, *Introducción al Derecho*, 4a.ed., Barcelona, Ariel, 1988
- LEIBNIZ, Guillermo G., *Tres ensayos: El Derecho y la equidad. La justicia. La Sabiduría*, 1ª. reimp., trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 2009.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. Amado Lázaro Ros, Barcelona, Orbis, 1973.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1964.
- LÓPEZ VALDIVIA, Rigoberto, *El fundamento filosófico del derecho natural*, 5ª. ed., Tradición, México, 1982.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *La constitución abierta y sus enemigos*, Madrid, Ediciones Beremar, 1993.
- LUDWIG, Emil, *Historia de Alemania*. México, Diana, 1962.

- MENZEL, Adolf, Calicles, *Contribución a la historia de la teoría del derecho del más fuerte*, trad., Mario De la Cueva, México, UNAM-Centro de Estudios Filosóficos, 1964.
- MERRYMAN, John H., *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. Carlos Sierra, México, FCE, 1980.
- MICHEL, Valerie, "El Estado y el derecho supranacional. El derecho regional", en VALADÉS, Diego, *et al* (coords.), *Ideas e Instituciones Constitucionales en el Siglo XX*, México, Siglo XXI Editores - UNAM, 2011.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, trad. Sabino Álvarez Gendín, Madrid, Reus, 1934.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris y AULARD, Alfonso, *Les déclarations des droits de l'homme. Textes constitutionnels concernant les droits de l'homme et les garanties des libertés individuelles dans tous les pays*, París, Payot, 1929.
- MONTAÑO, Jorge, *Las Naciones Unidas y el Nuevo orden Mundial. 1945-1992*, México, FCE, 1992.
- MONTANELLI, Indro, *Historia de los griegos. La vida cotidiana en la antigua Grecia*, Barcelona, Plaza y Janés, 1998.
- NIEMEYER, Theodor, *Derecho Internacional Público*, trad. de Faustino Ballvé, Barcelona, Labor, 1925.
- OCHOA OLVERA, Salvador, *Derecho de prensa. Libertad de expresión, libertad de imprenta. Derecho a la Información*, México, Montealto, 1998.
- OLAVE Y DIEZ, Serafín, *Reseña histórica y análisis comparativo de las constituciones forales de Navarra, Aragón, Cataluña y Valencia*, Madrid, Imprenta, Estentotipia y Galvanoplastia de Aribau y Ca., 1875.
- PAULO VI, "Constitución Pastoral sobre la Iglesia Actual del Mundo", *Documentos Completos del Concilio Vaticano II*, 13ª. ed., México, Librería Parroquial Clavería, 1991.
- PECES-BARBA, Gregorio, *et al.*, *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987.
- PERROT, Georges, *Essais sur le droit public et privé de la république athénienne*, París, Ernest Thorin Librerie Éditeur, 1867.
- PLATÓN, *Diálogos*, trad. Francisco Lisi, Madrid, Gredos, tomo VIII, Leyes, libro VI, 1999.
- PLATÓN, *La República*, 2ª. ed., trad. de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, Bibliotheca Scriptorvm Graecorvm et Romanorvm Mexicana, 2007.
- POPPER, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Madrid, 2010.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, México, FCE, 1951.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª. ed., Madrid, tomo 1, 1992.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Experiencia Jurídica, Naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM - FCE, 1971.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1979.



- RENAN, Ernesto, *Qu'es-ce qu'une Nation?, Conférence faite en Sorbonne, le 11 mars 1882*, 2<sup>a</sup>. ed, París, Calmann Lévy, 1882.
- REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela M., *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Bogotá, UNAM-IIJ – Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Themis, 2005.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Teoría jurídica de la conducta*, México, Botas, 1947.
- ROUVILLOIS, Frédéric, *Les déclarations des droits de l'homme*, Barcelona-París, Flammarion, 2009.
- RUIPÉREZ, Javier, *Libertad civil e ideología democrática*, México, UNAM-IIJ, 2008.
- SAN AGUSTÍN, *Del libre albedrío*, L. 1, cap. 5 y 6., en Aquino Santo Tomás de, *Suma Teológica. Selección*, 22<sup>a</sup>. reimp., c. 93, a. 3 y c. 95, a. 2, Austral, México, 2001.
- FAYT, Carlos S., *Derecho Político*, Buenos Aires, Depalma, tomo II, 1993.
- SANDYS, Edwin en el texto introductorio para Aristóteles, *The Constitution of Athens*, Macmillan, Nueva York, 1893.
- SAVIGNY, Karl F. von, “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, *Textos clásicos*, México, UNAM-IIJ, 1981.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, 2<sup>a</sup> ed., trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 2011.
- SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, 3<sup>a</sup> edición, Duncker & Humblot, Berlín, 1957.
- SCHWARZENBERGER, G., “*The frontiers of international law*”, Reino Unido, Stevens & Sons, 1962, en: Friedman, Wolfgang, *La nueva estructura del derecho internacional*, México, Trillas, 1967.
- SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Tratado General de la Organización Internacional*, México, FCE, 1974.
- SETTALA, Ludovico, *La razón de Estado*, trad. Carlo Arienti, México, FCE, 1988.
- SIERRA, Manuel J., *Tratado de Derecho Internacional Público*, México, Talleres Gráficos de la Nación, 1947.
- SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, trad, de José Ma. Beneyto Pérez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- STAMMLER, Rudolph, *Economía y Derecho según la concepción materialista de la historia. Una investigación filosófico social*, 4<sup>a</sup>. ed., trad. de Wenceslao Roses, Madrid, Reus, 1929.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, México, Porrúa, 1973.
- THOMAS, A. V. y THOMAS, A.J., *La Organización de los Estados Americanos*, trad. Armando Arrangoiz, México, Uthea, 1968.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La Democracia en América*, trad. de Marcelo Arroita Jaureguí, Barcelona, Orbis, 1985.
- TORO HUERTA, Iván del, “El principio de subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en: Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM-IIJ, 2007.
- UGALDE, Luis Carlos, *Rendición de cuentas y democracia*, 2<sup>a</sup>. ed., México, IFE, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, 2002.

- VÁZQUEZ, Daniel, "Los derechos humanos y la teoría y estudios empíricos sobre la democracia", en Estévez y Vázquez, Daniel (coords.), *Los derechos humanos en las ciencias sociales, una perspectiva multidisciplinaria*, México, Flacso – UNAM-CISAN, 2010.
- VERDROSS, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, trad. de Mario de la Cueva, México, UNAM-IIJ, 1962.
- VILLANUEVA, Ernesto, *Derecho mexicano de la información*, México, Oxford, 2000.
- WEBER, Alfred, *Historia de la cultura*, 11ª. reimp. de la primera edición en español de 1941, trad. de Luis Recaséns Siches, México, FCE, 1976.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 2a reimp., México, Fondo de Cultura Económica, tomos I y II, 1974.

## **B. Publicaciones periódicas y revistas**

- ARIAS ALPIZAR, Luz Mary, "Interdiscipliniedad y triangulación en ciencias sociales", *Diálogos. Revista Electrónica de Historia*, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, vol. X, núm. 1, febrero-agosto 2009.
- BATIZA, Rodolfo, "El primer Código Civil en la Historia", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 22, 1993.
- BEZERRA F., Raimundo, "Por una visión nueva de la epistemología del derecho", en *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionais*, Brasil, núm. 8, enero-junio, 2008.
- CANUDAS, Luis F., "Irreformabilidad de decisiones políticas fundamentales", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, tomo v, núms. 18-20, abril-diciembre de 1943.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, "Alcance jurídico del concepto económico de país en vías de desarrollo", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 23, 1994.
- DERECHOS HUMANOS. DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS: EL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. FOLLETO INFORMATIVO N.º 15 (REV. 1)*, Nueva York- Ginebra, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, 2005.
- DUVERGER, Maurice, "Fundamentos Económicos de la libertad", *Janus*, Argentina, núm 5. Libertad e historia, abril-junio de 1966.
- HERRERÍAS, Armando, "Orígenes externos del juicio de amparo", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, núm. 19, julio-septiembre de 1955.
- HELLER, Hermann, "La justificación del Estado", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, UNAM, tomo III, núms. 9 y 10, enero-junio de 1941, texto tomado de la *Revista Cruz y Raya*, Madrid, diciembre de 1933.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, "Reflexiones en torno y dentro del concepto de constitución", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 83, enero-marzo de 1994.
- MANDELSTAM, André, "La protección internacional de los derechos del hombre," *Recueil des Cours*, París, Académie de Droit International-Sirey, tomo 38, 1931.

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Recueil des Traités*, vol. 435, Nueva York, 1963, pp. 192-236, ver en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20435/v435.pdf>. NOTA 42.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS - OFICINA DE INFORMACIÓN POLÍTICA DE LA ONU, “Derechos Humanos. Los Pactos Internacionales y el Protocolo Facultativo”, *Crónica Mensual*, Nueva York, ONU, vol. IV, núm. 2, 1967.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Yearbook on human rights for 1946*, Naciones Unidas, Nueva York, 1947. Compilación de Boris Mirkin-Guetzévitch.
- PANIKKAR, Raymundo, “¿Es occidental el concepto de los derechos humanos?”, *Diógenes*, México, núm. 12º, 1982.
- RECASÉNS SICHES, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, núms. 35-36, julio-diciembre, 1959.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *El otro Derecho*, Bogotá, Colombia, ILSA, núm. 28, julio de 2002.
- VASAK, Karel, “La larga lucha por los derechos humanos”, *El correo de la Unesco*, París, año XXX, noviembre de 1977.

### C. Documentos, obras y publicaciones periódicas consultadas en línea

- ASSADI, Muzzaffar, “Discourse on human rights. Narratives beyond ‘political’” en Nair, Sukumarán, *Human Rights in a Changing World*, Dehli, India, 2011, <http://books.google.com.mx/books?hl=es&lr=&id=ah6r7ZuM15AC&oi=fnd&pg=PA52&dq=Cyrus+Cylinder+human+rights&ots=frx0MtYIZi&sig=JU9Ri0azGFg7kM2sTakWC75XwR8#v=onepage&q=Cyrus%20Cylinder%20human%20rights&f=false>
- ÁVILA HERNÁNDEZ, Flor M., “Derechos humanos y cultura en el siglo XXI. Las áreas declaratorias de derechos”, *Cuadernos PROLAM/USP*, São Paulo, Brasil, año 4, núm. 7, vol. 2, 2005, <http://www.usp.br/prolam/cadernos.htm#7>
- CAJA DE HERRAMIENTAS PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN GUÍA PARA ESTUDIANTES, París, 2003, <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002227/222792s.pdf>
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “Los Alcances de la Reserva con Fundamento en el artículo 13, fracción II, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental”, México, IFAI, 2011, <http://inicio.ifai.org.mx/Estudios/estudio46.pdf>
- DIARIO ABC <http://www.abc.es/medios-redes/20130216/abci-sueno-internet-publico-gratuito-201302141340.html>
- GODOY ARCAAYA, Óscar, “Antología del Defensor de la Paz de Marsilio de Padua”, Chile, *Revista Estudios Públicos*, s/a, [www.cepchile.cl/dms/archivo\\_3200\\_1479/rev90\\_godoy.pdf](http://www.cepchile.cl/dms/archivo_3200_1479/rev90_godoy.pdf)
- LØKKE RASMUSSEN, María, *Recursos para la educación en derechos humanos. Guía del educador para la planificación y gestión en derechos humanos*, trad. César Bunster, Chile, Instituto Danés de Derechos Humanos-Ministerio de Educación, 2013, [http://www.humanrights.dk/files/media/dokumenter/udgivelser/hre\\_esp.pdf](http://www.humanrights.dk/files/media/dokumenter/udgivelser/hre_esp.pdf).

- MILLER, Davis, *Constitutions, Electoral Laws, Treaties of States in the near and Middle East*, Duke University Press, 1947:  
<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001445/144507eb.pdf>
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, "CONSIDERATION OF THE GENERAL INTRODUCTION TO THE BASIC DOCUMENTS", en *MEETING OF EXPERTS TO ADVISE ON THE PREPARATION OF A BOOK OF BASIC DOCUMENTS ON HUMAN RIGHTS*, París, 1951,  
<http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001789/178917eb.pdf>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Ginebra, Nueva York, 2004,  
<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training12sp.pdf>
- OXFORD CONSTITUCIONES DEL MUNDO,  
<HTTP://OXCON.OUPLAW.COM/SEARCH?PAGESIZE=10&PRD=OCW&Q=TUVALU&SORT=RELEVANCE>;
- PAÍSES CON ACCESO A LA INFORMACIÓN, FreedomInfo.org,  
<http://freedominfo.org/documents/Countriesaccesslist.pdf>
- PICCO DE LA VIRANDOLA, GIOVANNI, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, Ediciones π, Colombia, 2006,  
[http://www.estudioshegelianos.org/bundles/biltokiaestudioshegelianoswebsite/obras/Pico-Discurso\\_sobre\\_la\\_dignidad\\_del\\_hombre.pdf](http://www.estudioshegelianos.org/bundles/biltokiaestudioshegelianoswebsite/obras/Pico-Discurso_sobre_la_dignidad_del_hombre.pdf)
- PROYECTO DE FORMACIÓN ÉTICA Y HUMANIDADES COLEGIO GABRIEL TABORÍN EN ARGENTINA, <http://www.educares.com.ar/derhum2.htm>
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Vida humana, sociedad y derecho*, México, La Casa de España en México, 1939, p. 191. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/vida-humana-sociedad-y-derecho-fundamentacion-de-la-filosofia-del-derecho--0/>
- RIOSALIDO, Jesús, "Los derechos humanos en el Islam", *Boletín de la Asociación Española de Orientalistas*, Alicante, vol. XLI, 2005, Edición digital de la Biblioteca Cervantes Virtual (2006), en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/los-derechos-humanos-en-el-islam-0/>
- RWANDA: DIEZ AÑOS DESPUÉS DEL GENOCIDIO, UNICEF,  
[http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/rwanda\\_20245.html](http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/rwanda_20245.html)
- UNESCO, *Human Rights. Comments and interpretations*, París, 25 de julio de 1948, con la introducción de Jaques Maritain,  
<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001550/155042eb.pdf>
- WALTZ, Susan, "¿Quién redactó la Declaración Universal de Derechos Humanos?", *Journal USA*, Estados Unidos, vol 13, núm. 11, noviembre 2008,  
[http://www.usembassy-mexico.gov/bbf/ej/1108\\_60DerechosHumanos.pdf](http://www.usembassy-mexico.gov/bbf/ej/1108_60DerechosHumanos.pdf)
- WIESEN, Jonathan, *Creating the Nazi Marketplace. Commerce and consumption in the third Reich*, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2010,  
<http://books.google.com.mx/books?id=IQD1TnGZBXcC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>
- WIESEN, Jonathan, *Creating the Nazi Marketplace. Commerce and consumption in the third Reich*, Estados Unidos, Cambridge University Press, 2010,

<http://books.google.com.mx/books?id=IQD1TnGZBXcC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>

## **D. Normatividad y Jurisprudencia**

### **a. Normas mexicanas consultadas en línea**

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS  
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>
- INICIATIVA DE DECRETO DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,  
<http://www.presidencia.gob.mx/wp-content/uploads/2013/10/1-Iniciativa-LEY-REGLAMENTARIA-DEL-ARTICULO-29.pdf>
- LEY DE DELITOS DE IMPRENTA <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>
- LEY FEDERAL DE ARCHIVOS <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>
- LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

### **b. Jurisprudencia consultada en línea**

- DÉCIMA ÉPOCA, Registro: 2005536, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, Publicación: viernes 14 de febrero de 2014, Materia(s): (Constitucional) Tesis: 1a. L/2014 (10a.)  
<http://sif.scjn.gob.mx>
- Expediente varios 489/2010  
[http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011)
- P./J. 26/2007, número de registro: 172476, S.J.F. y su Gaceta, 9a. Época, mayo de 2007, p 1523.
- Jurisprudencia Nacional sobre libertad de Expresión y acceso a la información, San José, Costa Rica, Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2013,  
<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/2013%2005%2020%20JURISPRUDENCIA%20DOMESTICA%20SOBRE%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESSION%20Y%20AI.pdf>
- CASO CANESE RICARDO VS. PARAGUAY, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2004.  
[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_111\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf)
- CASO CASTAÑEDA GUTMAN VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de agosto de 2008.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/castaneda\\_se\\_01.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/castaneda_se_01.doc)
- CASO DICHARND VS. AUTRIA, Corte Europea de Derechos Humanos, 8 de julio de 1986, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62081>
- CASO FONTEVECCHIA D'AMICO VS. ARGENTINA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de noviembre de 2011.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_238\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf)
- CASO HERRERA ULLOA VS. COSTA RICA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de julio de 2004.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf)

- CASO BRONSTEIN IVCHER VS. PERÚ, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de febrero de 2001.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_238\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf)
- CASO KIMEL VS. ARGENTINA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2 de mayo de 2008. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_177\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf)
- CASO LA ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO (OLMEDO Y BUSTOS Y OTROS VS. CHILE), Corte Interamericana de Derechos Humanos, 5 de febrero de 2001.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_73\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.doc)
- CASO PALAMARA IRIBARNE VS. CHILE, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005.  
[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)
- CASO PEROZO Y OTROS VS. VENEZUELA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de enero de 2009.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_195\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf)
- CASO RAMÍREZ USÓN VS. VENEZUELA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de noviembre de 2009.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_207\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf)
- CASO REYES CLAUDE Y OTROS VS. CHILE, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de septiembre de 2006.  
[www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf)
- CASO RIOS Y OTROS VS. VENEZUELA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de enero de 2009.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_194\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf)
- CASO SÜREK Y ÖZDEMİR VS TURQUÍA, Corte Europea de Derechos Humanos, 8 de julio de 1999. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58278#{%22itemid%22:\[%22001-58278%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58278#{%22itemid%22:[%22001-58278%22]})
- CASO TRISTÁN DONOSO VS. PANAMÁ, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27 de enero de 2009.  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_193\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf)
- CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011  
<http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantes/pub.aspx?id=129659&seguimientoid=556>

#### **E. Otros estándares internacionales y extranjeros consultados en línea**

- ANUARIO DE NACIONES UNIDAS 1946-47.  
<http://unyearbook.un.org/unyearbook.html?name=194647index.html>
- CARTA ÁRABE DE LOS DERECHOS HUMANOS, edición electrónica de la Biblioteca de Derechos Humanos de la Universidad de Minnesota.  
<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/loas2005.html>
- CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA  
[http://www.oas.org/charter/docs\\_es/resolucion1\\_es.htm](http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm)
- CÓDIGO DE CONDUCTA PARA FUNCIONARIOS ENCARGADOS DE HACER CUMPLIR LA LEY, Asamblea General de la ONU, 17 de diciembre de 1979,

- <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%202002.pdf>
- CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS,  
<http://www.oas.org/es/cidh/docs/enlaces/Conferencia%20Interamericana.pdf>
- CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS  
[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)
- CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS  
[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)
- CONSTITUCIÓN DE MONTENEGRO,  
<http://www.skupstina.me/images/documents/constitution-of-montenegro.pdf>
- DECLARACIÓN DE ATLANTA Y PLAN DE ACCIÓN PARA EL AVANCE DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN  
[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_a\\_la\\_informacion\\_recomendaciones\\_de\\_politicas\\_declaracion\\_de\\_atlanta.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_a_la_informacion_recomendaciones_de_politicas_declaracion_de_atlanta.pdf)
- DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS  
<http://www.cidh.oas.org/basicos/declaracion.htm>
- DISTINTOS CRITERIOS Y MEDIOS POSIBLES DENTRO DEL SISTEMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA MEJORAR EL GOCE EFECTIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES. DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES DE INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA ESFERA DE LOS DERECHOS HUMANOS*, Nueva York, Naciones Unidas, 1989, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N89/259/12/PDF/N8925912.pdf?OpenElement>
- INFORME 2013 DEL RELATOR ESPECIAL LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN DE NACIONES UNIDAS  
[http://ap.ohchr.org/documents/dpage\\_s.aspx?m=85](http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=85)
- INFORME 2013 DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN,  
<http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/464/79/PDF/N1346479.pdf?Op en Element>
- INFORME ÁRABE SOBRE DESARROLLO HUMANO 2004. Hacia la Libertad en el Mundo Árabe*, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Fondo Árabe para el Desarrollo Económico y Social y el Programa del Golfo Árabe para el PNUD, Omán, Jordania, 2005.  
<http://arabstates.undp.org/content/dam/rbas/report/ahdr2004e.pdf>
- INFORME SOBRE DESARROLLO HUMANO 2013 EL ASCENSO DEL SUR: PROGRESO HUMANO EN UN MUNDO DIVERSO*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Nueva York, 2013,  
[http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2013\\_es\\_complete.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2013_es_complete.pdf)
- INFORME SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MÉXICO 2010*, OEA, 2010.
- INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS DE CATALUÑA, *Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes*, Cataluña,  
<http://www.idhc.org/cat/documents/Biblio/DUDHE.pdf>

- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MÉXICO, INFORMES DE MISIÓN DE LAS RELATORÍAS DE LA ONU Y DE LA CIDH, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2011, <http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/2011/LEOk.pdf>
- LEY 19.742 DE LA REPÚBLICA DE CHILE, <http://www.doe.cl/fsumarios/2001-08-25/25000001.pdf>
- MATÉRIAUX DESTINÉS À L'ÉTABLISSEMENT D'UN RECUEIL DE TEXTES FONDAMENTAUX RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME, III: L'INTERNATIONALISATION DES DROITS DE L'HOMME, <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001445/144502eb.pdf>
- MEMORIA DEL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS 1942 – 1953. Referencia Bibliográfica, OEA, Biblioteca Río de Janeiro, 2009, [http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/memoria\\_trabajos\\_1942-53.pdf](http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/memoria_trabajos_1942-53.pdf)
- NUNCA MÁS, informe elaborado por la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, Argentina, EUDEBA, 1984.
- OBSERVACIÓN GENERAL NO. 31, COMENTARIOS GENERALES ADOPTADOS POR EL COMITÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA ÍNDOLE (NATURALEZA) DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA GENERAL IMPUESTA A LOS ESTADOS PARTES EN EL PACTO, Nueva York, Comité de Derechos Humanos, 2004, [http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CCPR/00\\_2\\_obs\\_grales\\_Cte%20DerHum%20%5bCCPR%5d.html#GEN31](http://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5bCCPR%5d.html#GEN31)
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, Nueva York-Ginebra, OHCHR-ONU, 2006, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>
- OPINIÓN CONSULTIVA OC-6/86, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986, [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_06\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf)
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Catálogo de los Informes y Resoluciones del Comité Jurídico Interamericano 1953-1942*, OEA, Biblioteca Río de Janeiro, 2009.
- PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LA FUNCIÓN DE LOS ABOGADOS, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana, Cuba, 07 de septiembre de 1990, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/OTROS%2009.pdf>
- PRINCIPIOS DE CAMDEN SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA IGUALDAD <http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/los-principios-de-camden-sobre-la-libertad-de-expresion-y-la-igualdad.pdf>
- PRINCIPIOS DE JOHANNESBURGO SOBRE LA SEGURIDAD NACIONAL, LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN <http://www.article19.org/data/files/medialibrary/1803/Johannesburg-Principles.Spa.pdf>



## PRINCIPIOS DE LIMA

[http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta\\_Democratica.htm](http://www.oas.org/OASpage/esp/Documentos/Carta_Democratica.htm)

PRINCIPIOS DE TSHWANE SOBRE SEGURIDAD NACIONAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN [http://www.right2info.org/resources/publications/national-security-page/principios-sobre-la-seguridad-nacional-y-el-derecho-a-la-informacion/at\\_download/file](http://www.right2info.org/resources/publications/national-security-page/principios-sobre-la-seguridad-nacional-y-el-derecho-a-la-informacion/at_download/file).

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Índice de Desarrollo Humano 1994*, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 1994. <http://hdr.undp.org/es/content/informe-sobre-desarrollo-humano-1994>

*PROGRAMA DE PROMOCIÓN Y REFORZAMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES SE INCLUYE LA CUESTIÓN POR UN PROGRAMA Y MÉTODOS DE TRABAJO DE LA COMISIÓN. DESARROLLO DE ACTIVIDADES DE INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS HUMANOS INCLUYENDO LA CAMPAÑA MUNDIAL DE INFORMACIÓN PÚBLICA EN DERECHOS HUMANOS (REPORTE AL SECRETARIO GENERAL) DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 1993*, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/857/46/PDF/G9385746.pdf?OpenElement>

PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

*PROYECTO DE DECLARACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE*, elaborado el 31 de diciembre de 1945, [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=E/CN.4/2](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/2)

PROYECTO DE LEGISLACIÓN DE ACCIÓN A LA INFORMACIÓN DE LA SULTANÍA DE OMÁN, <http://www.freedominfo.org/2014/02/oman-panel-discusses-draft-information-access-legislation/>

PROYECTO PANAMEÑO “RED NACIONAL DE ACCESO UNIVERSAL A INTERNET” *INTERNETPARATODOS*, [http://www.innovacion.gob.pa/descargas/acceso\\_universal.pdf](http://www.innovacion.gob.pa/descargas/acceso_universal.pdf) y <http://www.innovacion.gob.pa/RNIPanama>.

QUINTO INFORME PERIÓDICO DE MÉXICO SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, México, SRE, 2011, <http://www.sre.gob.mx/images/stories/docsdh/informes/4623inte.pdf>

RAMÍREZ, Gloria 2004, “De la Declaración Universal de Derechos Humanos del siglo XX a la Carta de Derechos Humanos Emergentes del siglo XXI”, s. p., en Pareja, Estela y Guillén Aida, “La Carta de Derechos Humanos Emergentes: una respuesta de la sociedad civil a los retos del siglo XXI”, Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, *Naturaleza y Alcances de los Derechos Humanos Emergentes: La Carta de Derechos Humanos emergentes y el derecho humano a la renta básica de la ciudadanía*, [http://www.idhc.org/esp/documents/Biblio/CDHE\\_01.pdf](http://www.idhc.org/esp/documents/Biblio/CDHE_01.pdf)

REPORTE MUNDIAL SOBRE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, Bilbao-Osorio, Beñat; Dutta, Soumitra y Lanvin, Bruno (eds.), *Global Information Technology Report 2014. Rewards and Risks of Big Data*, Foro Económico Mundial, [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GlobalInformationTechnology\\_Report\\_2014.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalInformationTechnology_Report_2014.pdf)

- REPRESENTATIVE LIST OF THE INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE OF HUMANITY* 2009, UNESCO, 2009, <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001883/188328e.pdf>
- RESOLUCIÓN AG/RES. (XXXIV-O/04), Organización de los Estados Americanos, 8 de junio de 2004 sobre "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia" [http://www.oas.org/es/sla/resoluciones\\_asamblea\\_general.asp](http://www.oas.org/es/sla/resoluciones_asamblea_general.asp)
- RESOLUCIÓN AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03), Organización de los Estados Americanos, 10 de junio de 2003 sobre "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia". [http://www.oas.org/es/sla/resoluciones\\_asamblea\\_general.asp](http://www.oas.org/es/sla/resoluciones_asamblea_general.asp)
- RESOLUCIÓN AG/RES. 2121 (XXXV-O/05), Organización de los Estados Americanos, 7 de junio de 2005 sobre "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia." [http://www.oas.org/es/sla/resoluciones\\_asamblea\\_general.asp](http://www.oas.org/es/sla/resoluciones_asamblea_general.asp)
- RESOLUCIÓN AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06), Organización de los Estados Americanos, 6 de junio de 2006 sobre "Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia". [http://www.oas.org/es/sla/resoluciones\\_asamblea\\_general.asp](http://www.oas.org/es/sla/resoluciones_asamblea_general.asp)
- RESOLUCIONES APROBADAS POR EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL EN SU TERCER PERÍODO DE SESIONES DEL 11 DE SEPTIEMBRE AL 10 DE DICIEMBRE DE 1946, Canadá, 1948,* <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NR0752/41/IMG/NR075241.pdf?OpenElement>
- RESUMEN EJECUTIVO DE LOS ESTÁNDARES INTERAMERICANOS SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN,* [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/estandares/RESUMEN EJECUTIVO DE LOS ESTANDARES INTERAMERICANOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESION.doc](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/estandares/RESUMEN_EJECUTIVO_DE_LOS_ESTANDARES_INTERAMERICANOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESION.doc)

#### **F. Otras fuentes electrónicas**

<http://www.sre.gob.mx/index.php/informes-presentados-por-mexico>  
[www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx)  
[www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio)