

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA
FACULTAD DE DERECHO-MEXICALI
DOCTORADO EN DERECHO



***LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES,
CON UN ENFOQUE EN EL DERECHO SOCIAL***

Tesis
Que para obtener el grado de Doctor en Derecho

Presenta:
María Cristina Cuanalo Cárdenas

Director de tesis:
Dra. María Aurora de la Concepción Lacavex Berumen

Mexicali, Baja California, a 8 de octubre de 2014

Fortalece tu espíritu,
hasta ser capaz de decidir
y permitir que los demás
decidan.

A MIS HIJOS JAIME Y JUAN LUIS
INTELECTUALIDAD Y HUMANISMO
MI ORGULLO

A MIS NIETOS
MI ALEGRÍA

Agradecimiento a mis maestros por ampliar mi perspectiva jurídica:

Muy especialmente a la Dra. María Aurora de la Concepción Lacavex Berumen, por guiarme en el tema jurídico más importante para el ser humano, en un país donde deben redefinirse los supuestos jurídicos cada día, a la Dra. Yolanda Sosa y Silva García y al Dr. Arturo Landeros Pérez por su orientación metodológica, al Mtro. Jaime M. Jiménez Cuanalo por compartirme sus teorías de vanguardia, y a: Mtro. Miguel de Jesús Neria Govea, Dr. Rafael Santacruz Lima, Dra. Ma. Cristina Urzaiz Lares, por otorgarme una entrevista; gracias a todos ellos, por concederme parte de su valioso tiempo.

Índice	
Introducción	1
Metodología	12
Capítulo I: Antecedentes históricos y doctrinales	17
Capítulo II: Los conceptos fundamentales	44
2.1 Panorama actual (La confusión de conceptos)	45
2.2 La necesidad de un nuevo enfoque unificador	54
2.3 La definición	57
2.4 La necesidad de definir y delimitar con base antropológico social	61
Capítulo III: Derechos, orden jurídico y perspectivas	69
3.1 Los derechos fundamentales y el orden jurídico	71
3.2 El orden jurídico internacional	77
3.3 La realidad en el orden jurídico nacional e internacional	98
3.4 Los textos constitucionales	105
3.5 Perspectiva de los derechos fundamentales	113
Capítulo IV: Los derechos sociales	119
Capítulo V: Análisis y conclusiones	125
5.1 Argumentos que demuestran la existencia del campo conceptual	126
5.2 Argumentos que demuestran la confusión de términos	129
5.3 Argumentos de necesidad	131
5.4 Argumentos de Posibilidad	133
5.5 Argumentos que demuestran la utilidad de la definición	135
5.6 El Nuevo Paradigma	137

Conclusiones	146
Propuesta	149
Fuentes Consultadas	
Bibliográficas	152
Electrónicas	157
Hemerográficas	162
Vivas	163
ANEXOS	164

Introducción

“Ninguna teoría política es suficiente a menos que pueda aplicarse tanto a los niños como a los hombres y las mujeres”.

Sir. Bertrand Russell

En el transcurso de mi formación jurídica, tanto en los estudios de licenciatura como durante los estudios de especialización y maestría, noté que existe una serie de campos conceptuales que agrupan tanto a las normas jurídicas como los modelos teóricos que las estudian y los conceptos sobre los que se fundamentan. Por ejemplo, conceptos como los de delito, pena, culpa o dolo, se agrupan dentro de un campo conceptual denominado Derecho Penal.

Sin embargo, hay una serie de conceptos que evidencian una relación intrínseca y a los cuales los estudiosos se avocan en cuerpos teóricos unitarios, como lo son: derechos humanos, derechos fundamentales, políticas públicas, garantías procesales, derechos sociales, etcétera. Campo jurídico que, hasta donde nuestra investigación llega, no ha sido unánimemente y, en este sentido, expresamente nombrado, de manera que constituye un género aún por definir. Adicionalmente a la anterior situación, los conceptos que constituyen este campo conceptual aparecen entremezclados, confusos e indefinidos, todo lo cual apunta a un problema metodológico en el marco de cualquiera de las principales aproximaciones metodológicas al conocimiento. Lo anteriormente dicho, justifica por sí mismo, realizar un análisis minucioso de tales conceptos.

Dentro de la tradición metodológica de la investigación científica, es claro que la existencia de cualquier disciplina del conocimiento, presupone la identificación de un objeto de estudio claro y definido. Dicho de otra manera, una disciplina del conocimiento que no puede identificar su objeto de estudio, no puede tampoco estudiarlo, lo que constituye una condición nugatoria de dicho campo de estudio.

Así nos dice Juan Manuel Burgos en su artículo “¿Qué es la bioética personalista? Un análisis de su especificidad y de sus fundamentos teóricos” de 22 de agosto de 2013:

¿Cómo puede crecer o desarrollarse una corriente de pensamiento si no cuenta con un trabajo serio de comprensión y determinación de sus presupuestos y características conceptuales? Si, además, esa corriente está apenas iniciando su trayectoria, el trabajo de clarificación y fundamentación es absolutamente imprescindible ya que, de otro modo, podría disolverse perdiendo su identidad.¹

De esta forma, constituye el objetivo general de este trabajo: el determinar las condiciones de necesidad y de factibilidad de un estudio, que defina y delimite los conceptos pertenecientes al campo conceptual-jurídico innominado, al cual se adscriben los conceptos de derechos humanos, fundamentales y otros afines; mediante la consecución de objetivos específicos como:

- Determinar las condiciones de necesidad para un estudio delimitador de los conceptos fundamentales del campo conceptual;
- Determinar las condiciones de posibilidad de dicho estudio,
- Determinar la idoneidad de la definición como herramienta para delimitar los conceptos del campo conceptual, respondiendo de esta forma al requerimiento de metodología científica según el cual, resulta indispensable identificar un objeto de estudio claro y definido para llevar adelante el estudio y consecuentemente, un modelo teórico capaz de fundamentar, más adelante, un sistema procesal verdaderamente internacional de protección a los derechos fundamentales o humanos y por supuesto,
- Establecer el paradigma desde el cual será visto, acorde a la etapa histórica que se está conformando sobre nuevos parámetros y nuevos actores.

Al iniciar este trabajo, llamó mi atención la perspectiva de algunos autores, en cuanto a considerar a los derechos y libertades fundamentales del hombre, como generadores de un nuevo orden jurídico internacional. Lo señalado anteriormente, resultaría ser un presupuesto indispensable para lograrlo y de

¹Burgos, Juan Manuel, <http://www.almudi.org/Articulos/ID/8159/Que-es-la-bioetica-personalista-Un-analisis-de-su-especificidad-y-de-sus-fundamentos-teoricos> [consultado el 3/03/14].

enorme trascendencias, especialmente, porque creo firmemente que la lucha por alcanzar el reconocimiento de estos derechos, es lo que ha ido dibujando a lo largo de la historia, los sistemas políticos de gobierno; y porque el presente siglo presenta características extraordinariamente complejas, no antes vistas, que apuntan a una nueva lucha que desembocará necesariamente, dentro de un nuevo paradigma, hacia la generación de un nuevo orden jurídico internacional. Así lo pone de manifiesto —muy atinadamente, en mi concepto—, el Dr. Rafael Navarro Vals, miembro de la Universidad Complutense de Madrid y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, muy atinadamente, a mi juicio, cuando afirma que “*estamos asistiendo a una dura confrontación entre la cultura jurídica en la que aún vivimos y otra que está a punto de desplazarla*”.² Este importante campo de estudio carece de una verdadera teoría que lo fundamente. Un problema que debe resolverse para que el avance del orden jurídico tenga una base lo suficientemente sólida.

Asumo que un nuevo orden jurídico internacional, que se sitúe dentro del estado de derecho y que, por esta misma razón, se geste a partir del reconocimiento y respeto a los derechos fundamentales del hombre, habrá de partir necesariamente de una verdadera teoría, científicamente elaborada; una que no solamente establezca claramente su campo de estudio, sino que defina y delimite su objeto de estudio, esto es, los conceptos básicos en que se sustente dicha teoría. El planteamiento de este problema, es la tesis que justifica el presente trabajo: Para lograr un respeto internacional o universal de los derechos fundamentales del ser humano, es necesario unificar y delimitar su definición, concepto, campo de estudio y esfera de protección, desde la perspectiva de un paradigma acorde a nuestra realidad. La necesidad de universalidad del concepto es especialmente necesaria, en cuanto a derechos sociales, tratados hoy como políticas públicas, con la pura exigencia de realización progresiva, sujeta a la disponibilidad de recursos, sin control procedimental, ni coercibilidad internacional.

² NAVARRO VALLS, Rafael, “Prólogo”, en HAALAND MATLARY, Janne, *Derechos humanos depredados*, Cristiandad, Madrid 2008, p. 14.

La respuesta al orden jurídico internacional, sin duda habrá de darla el derecho procesal; y ya tenemos numerosos autores de talla internacional ocupándose de proyectos de unificación de códigos modelo o códigos tipo pero, en todo caso, códigos unificadores. Don Niceto Alcalá Zamora y Castillo³, primer presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, inicia la idea de dos códigos tipo, el civil y el penal para Iberoamérica.

El paradigma constitucionalista, pone de manifiesto que las constituciones del siglo XIX, nacen como resultado de un proceso paulatino para tratar de imponer límites a la violencia del Estado, o más bien de quienes detentan el poder en contra de sus ciudadanos; no como mero conjunto de principios dogmáticos, sino como producto cultural emanado de una sociedad concreta para proporcionar, a la misma, justicia y seguridad jurídica. Proceso que ha tenido grandes defensores, como el profesor italiano Mauro Cappelletti que, desde su "*Jurisdicción constitucional de La Libertad*"⁴ editada por el Instituto de Derecho Comparado de la UNAM, destaca los instrumentos procesales que han sido establecidos precisamente para la protección de los derechos humanos o fundamentales. Y es con este nombre que la doctrina, tanto europea como americana, reconocen al conjunto de instituciones procesales y procedimentales que protegen a los derechos humanos consagrados en el orden constitucional. Dice el maestro Cappelletti:

Es sabido que por Justicia constitucional de las libertades, o *Grundrechtsgerichtsbarkeit*, se entienden aquellas formas especiales de recurso y de procedimiento jurisdiccional que tienen por objeto específico la protección judicial de los derechos fundamentales del hombre o *Grundrechte* contra actividades del poder público lesivas de tales derechos.⁵

Gran defensor de la constitucionalidad, dice que:

³ Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Conciglio Nazionale delle Recerche, Progetto Italia – Ammérica latina, Un codice tipo di procedura penale per l'América Latina*, Roma, 1990, p. 7.

⁴ Cappelletti, Mauro. *Jurisdicción constitucional de La Libertad*, Instituto de derecho comparado, UNAM, México 1961.

⁵ Cappelletti, Mauro. *La justicia constitucional*, estudios de derecho comparado, Cap. IV, [trad. Dr. Luis Dorantes Tamayo], UNAM, México, 1987, p. 235.

...el gran descubrimiento del pensamiento moderno está en las Cartas Constitucionales, entendidas como la *lex superior*, vinculantes también para el legislador,...⁶

Y agrega:

Y bien, creo firmemente que si hay un dato, que vuelve grandiosa y fascinante la experiencia jurídica moderna, está precisamente en la renovada tentativa «faustiana» de detener aquel instante fugaz... de vencer, en suma, el destino humano de perenne transformación y de muerte... y permanente concretización a través de la obra de un intérprete calificado... Y aquel valor tiene un Juez suyo, «*Hüter der Verfassung*»⁷ (Guardián de la Constitución o Juez Constitucional), que garantiza su efectividad.

Y precisamente en esta su menor relatividad, está también su destino de tendente universalidad o por lo menos, internacionalidad o supranacionalidad.⁸

Este destino que marca el Dr. Cappelletti es la universalidad que necesitamos. Ciertamente es, que el nuevo orden jurídico internacional trata de imponer límites entre la violencia de los Estados y la protección a las personas contra la tortura, la discriminación y, en general, su protección como seres humanos, independientemente de su origen o del lugar en que se encuentren, en contra del abuso de la fuerza por parte de los poderes políticos de los Estados. Sin embargo, el principio de la no intervención y la soberanía, que siguen manteniendo la concentración del poder al interior de los estados y permite la determinación política de los derechos humanos y sus libertades fundamentales, antes que su consideración humanista objetiva, resulta ser la misma base sobre la que se edifica la Carta de las Naciones Unidas, como lo muestra su declaración de propósitos:

2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;

Y su declaración de principios:

1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.

⁶ Ibid., p. 20.

⁷ [Tr. del ponente].

⁸ Ibid., pp. 21, 22.

4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.⁹

Este marco de referencia, nos plantea un largo camino para llegar a un verdadero orden jurídico internacional, y, en este camino, se hace necesario replantear algunas cosas como: ¿en qué momento del desarrollo de la ciencia estamos parados?, ¿cuál es el paradigma a la luz del cual hemos de estructurar nuestras teorías?, ¿cuál es nuestro concepto de derechos humanos, del hombre y su dignidad?, y, por último, ¿cuál será la estructura científica, que sustente la teoría, sobre la que se geste este nuevo orden jurídico internacional?

La pérdida de resolución informática, que va difuminando los conceptos al paso del tiempo y les desliga de su primigenia concepción, ha creado una realidad alterna en todos los campos, pero muy especialmente en lo que respecta a los derechos fundamentales; esto ha llevado a los estudiosos actuales, a un replanteamiento de la realidad desde nuevas perspectivas y así mismo, del fundamento de los diferentes campos de conocimiento. El sociólogo George Ritzer, en su *“Teoría Sociológica Moderna”*,¹⁰ nos habla del meta análisis o meta teorización, como *«el estudio sistemático de la estructura subyacente a la teoría»* — en su caso específico, a la sociología —, haciendo referencia a sus conceptos, método, datos y teorías. Esto por supuesto aplica al estudio de los derechos y libertades fundamentales, ya que no puede elaborarse una doctrina o teoría científicamente válida, sin una estructura que le dé soporte desde sus conceptos elementales, métodos, datos e hipótesis.

Hacia el año de 1962, Thomas Kuhn publica su libro *“The Structure of Scientific Revolutions”*¹¹, que nos hace recapacitar acerca de determinados conceptos considerados inamovibles, como en nuestro caso, el de derechos

⁹ Carta de las Naciones Unidas, *Declaración de propósitos y de principios*, <http://www.un.org/es/documents/charter/chapter1.shtml> [consultado el 16/06/10].

¹⁰ Ritzer, George, *Teoría sociológica moderna*. [trad. Ma. Teresa Casado], 5ª ed., McGraw-Hill, España, 2002, p. 602.

¹¹ Kuhn, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1962, p. X.

humanos, o dentro de la imagen prevaleciente de la ciencia, como el de *«desarrollo de la ciencia»* que ya Isaac Newton había referido como un lento y constante proceso acumulativo de conocimientos y donde si bien acepta, que largos periodos en el desarrollo científico son acumulativos respecto de un paradigma específico — “*universally recognized scientific achievements that for a time provide model problems and solutions to a community of practitioners*”, (avances científicos reconocidos universalmente, que por un tiempo, proveen modelos de problemas y soluciones a una comunidad)¹²—, los principales avances o cambios provienen de las revoluciones científicas —en nuestro caso científico-sociales—, resultantes de una crisis provocada por hallazgos imposibles de explicar a la luz del paradigma dominante, y que nos lleva a reemplazarlo por otro paradigma, como núcleo de otro ciclo acumulativo de conocimientos. Este necesario cambio de paradigma a lo largo del desarrollo científico, es parte central de nuestro planteamiento.

Hemos visto que el post-estructuralismo a partir de Derrida, que hoy ha dado paso al post-modernismo, nos ha hecho énfasis en que el sistema del lenguaje no puede tener —como lo veían los estructuralistas— poder para constreñir a las personas; la escritura para Derrida, no era una estructura capaz de constreñir la conducta. Pero así lo hace el enfoque actual de la teoría sobre derechos fundamentales, que ignorando las diferencias culturales y las necesidades de la especie humana, que dan nacimiento al estado de derecho, pretenden imponer conductas en base a enunciados genéricos, impuestos por consenso y no derivados de un análisis científico riguroso.

La deconstrucción de Derrida, que él describe como reacción contra una *«represión histórica»*, “*La deconstrucción del logocentrismo*”¹³, esto es, la búsqueda de un sistema universal de pensamiento que revele lo que es verdadero, correcto, moral, etc., es precisamente lo que debe aplicarse a la teoría de los derechos fundamentales, cuando ésta, olvida que lo verdaderamente universal es el concepto de *«lo humano»* y de lo que le es esencial; y que, en cambio, cuando se

¹² Id. [trad. del ponente].

¹³ Derrida, Jacques, *Writing and Difference*, University of Chicago Press, Chicago, 1978, p. 230.

pretende hacer mención de lo verdadero, valioso o correcto de determinados derechos en particular, se hace referencia a elementos que son netamente convencionales y arbitrarios, culturales y paradigmáticos.

Mitchel Dean, analizando el pensamiento de Michel de Foucault, nos dice que para él, dentro de esta realidad virtual o paralela que vivimos, el discurso y las imágenes sustituyen a la realidad cuando hacen referencia al pronunciamiento de discursos *que “buscan racionalizarse o sistematizarse a sí mismos en relación con modos particulares de decir la verdad”*¹⁴ ; y, en su arqueología del saber, nos habla del modo de *“vincular contenidos históricos en trayectorias organizadas y ordenadas que ni son el simple despliegue de sus orígenes ni la realización necesaria de sus objetivos”*¹⁵, evitando de esta forma el análisis crítico de tales discursos históricos. Este tipo de discursos es el que de alguna manera ha prevalecido en cuanto a los derechos fundamentales o humanos en particular, ligándolos a los sistemas histórico-políticos y a la versión que para cada grupo en el poder resulta más conveniente. Los derechos humanos son fuente de toda nuestra veneración discursiva, mientras en la realidad se pisotean inmisericordemente. Es necesario por lo tanto buscar la verdad entre la realidad y el discurso o como diría Foucault, *“por el análisis de todos esos análisis o al menos por la interrogación fundamental que les dirigimos”*.¹⁶

Sin estar totalmente de acuerdo con el pensamiento de Khün, ya que creemos firmemente, con Jaime M. Jiménez C. que *“el nivel de conciencia y capacidad de observación sí tienen un desarrollo lineal, mientras no se pierda la continuidad histórica”*¹⁷, sí estamos de acuerdo en que existe una ruptura entre las estructuras paradigmáticas (al menos entre las tres reconocidas en el trabajo del Maestro Jiménez: clásica racional, espiritual medieval y moderna materialista); razón por la que los derechos humanos, que en particular han estado ligados históricamente a concepciones políticas, también particulares, requieren

¹⁴ Dean, Mitchell, *Critical and Effective Histories*, Routledge, Londres, 1994, p. 32

¹⁵ Ibid., pp. 35-36.

¹⁶ Foucault, Mitchel. *La arqueología del saber*, [trad., de Aurelio Garzón del Camino], Siglo XXI, Argentina, 2003, p. 339.

¹⁷ Jiménez Cuanalo, Jaime M., Entrevista, 20/11/11.

replantear su enfoque paradigmático y el de sus conceptos básicos; única forma de dar un verdadero sustento a una teoría contemporánea sobre los derechos humanos.

De acuerdo con el decadente paradigma materialista, la constitución sería algo que tiene valor independientemente de los intereses de la especie humana, cuyos derechos son los que en ella están consignados; bajo esta visión, vale más la letra que la persona. En cambio, dentro del nuevo paradigma que se está gestando, sobre la aspiración del ser humano a lograr una dignidad sin fronteras, nos preguntamos si seremos capaces de diseñar y realizar ese nuevo paradigma existencial, donde el ser humano se encuentre vinculado indisolublemente a su dignidad como persona, con carácter universal y sin fronteras. Reconociendo con el teórico posmodernista Jean François Lyotard, que *“El conocimiento posmoderno no sólo constituye una herramienta para las autoridades; aumenta nuestra sensibilidad hacia las diferencias y refuerza nuestra capacidad de tolerancia”*.¹⁸

Lo dicho, aplica al estudio de los derechos y libertades fundamentales del hombre, ya que no puede elaborarse una doctrina o teoría científicamente válida, sin una estructura que le dé soporte desde sus conceptos elementales, métodos, datos e hipótesis.

Cuando hablamos de derechos humanos, hoy en día, ya no resulta claro el paradigma que sustenta los modelos de investigación, y existe una gran cantidad de conceptos emergentes imposibles de explicar a la luz de éste, debido a su pérdida de resolución. Kuhn establece la temporalidad del paradigma, o visión interpretativa del universo, cuyo reconocimiento universal provee de nuevos modelos de solución de problemas para los hallazgos científicos y, en nuestro caso especial, el paradigma o visión interpretativa, que nos provea de un nuevo modelo de solución a nuestro problema de la generación de un nuevo orden jurídico internacional, sobre la base del respeto a los derechos humanos.

Es por todo lo antes dicho, que firmemente creo, que resulta necesario replantear el estudio sistemático de la estructura subyacente, de los conceptos

¹⁸ Lyotard, Jean-François, *The post-modern condition*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1984, p.25.

básicos, especialmente de la definición de ser humano y consecuentemente de los derechos y libertades fundamentales del hombre, dentro de la teoría que los refiere, históricamente considerados y a la luz de un nuevo paradigma, más acorde con nuestra realidad, con ayuda del derecho comparado y la hermenéutica, sin olvidar la existencia de una base fuertemente antropológica y social. No perdamos de vista lo que aconseja Pierre Bourdieu, cuando nos dice que: *“Deben reflexionar sobre lo que están haciendo y, sobre todo, sobre las fuentes de distorsión de lo que están examinando en sus análisis.”*¹⁹

Llegamos así al corolario de este gran problema de estudio, cuyo objetivo primario e indispensable, como ya señalamos, es: determinar las condiciones de necesidad y posibilidad de crear una teoría auténticamente científica de los derechos fundamentales, con base en una metodología científicamente correcta y una definición también científica del ser humano y su relación con el orden jurídico, con pretensiones de validez universal, o al menos para todos los países firmantes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estableciendo el paradigma correspondiente. Resolver este problema de estudio, nos acerca a estar en posibilidad de crear un nuevo orden jurídico internacional, cuya legitimidad no descansa en un concepto arbitrario y convencional, sino que contemple un ser humano verdaderamente universal, cuya supervivencia como especie requiere de todas y cada una de las características, que lo definen como tal y que le confieren su dignidad; conservar y transmitir la vida y la integridad psicofísica, su capacidad o libertad de interactuar en grupos humanos extendidos, de crear y transmitir cultura y sobre todo de poder elegir conforme a principios y valores.

Si nos enfrascamos a futuro en analizar los sistemas procesales de los diferentes países, buscando semejanzas y diferencias y sobre todo, buscando un sistema procesal internacional donde ya encontramos tendencias y esfuerzos, como el sistema europeo y los esfuerzos de los procesalistas italo-latino americanos y muy especialmente, del Instituto Ibero Americano de Derecho

¹⁹ Bourdieu, Pierre, *The Purpose of Reflexive Sociology (The Chicago Workshop), An Invitation to Reflexive Sociology*, Chicago, University of Chicago Press., 1992, pp. 61 ss.

Procesal, habrá de ser sobre la premisa de una teoría científica de los derechos humanos, metodológicamente correcta; desde un paradigma que, de verdad, responda a nuestra nueva realidad globalizada, de nuevos actores políticos y de una lucha social generalizada, en nuevas búsquedas de reconocimiento a los derechos humanos. Y aquí me sumo a la opinión del maestro Franz Matscher, cuando nos comenta que dentro del orden jurídico “*le droit matériel et le droit de procédure,pour son bon fonctionnement, l’un est aussi indispensable que l’autre*”²⁰. (Dentro del orden jurídico, para su buen funcionamiento, el derecho material y el derecho procesal son tan indispensables el uno como el otro.)

Independientemente de formular a continuación una fundamentación metodológica, podemos decir que recurrimos primordialmente al análisis histórico, exegético y hermenéutico de diversidad de documentos, así como al análisis de diversas opiniones dentro del derecho comparado; entrevistas y tabla comparativa de documentos constitucionales.

²⁰ Matscher, Franz. *La protection judiciaire des droits de l’homme, au niveau national et international*, Rapport Introductif, International Congress on Procedural Law for the ninth Century of the University of Bologna, Bologna, 1988, p.8, [trad. del ponente].

Metodología

El campo conceptual innominado al que hace referencia el presente estudio, es motivo de una gran cantidad de instituciones de investigación y estudio, de instituciones jurídico-políticas nacionales e internacionales y, de acuerdo a algunos autores, constituye la base misma o argumento legitimador de los sistemas jurídicos positivos.

Es por tanto deseable, el contar con una disciplina del conocimiento metodológicamente avocada al estudio sistemático de dicho campo; misma a la que corresponderá generar los modelos teóricos que sustenten las investigaciones, ordenamientos y políticas en esta materia.

Sin embargo, de acuerdo con los principios de la investigación científica, tal disciplina no es posible, sin cumplir con la condición previa de definir, su objeto de estudio y sus conceptos fundamentales.

La metodología del presente trabajo, tiene que partir forzosamente del paradigma que sustentamos, ya que como bien dice José Ortega y Gasset:

Antes que hacer algo, tiene cada hombre que decidir, por su cuenta y riesgo, lo que va a hacer. Pero esta decisión es imposible si el hombre no posee algunas convicciones, sobre lo que son las cosas en su derredor, los otros hombres, él mismo. Sólo en vista de ellas puede preferir una acción a otra, puede, en suma, vivir.²¹

El nuevo paradigma, que surge del Estado Constitucional, gravita en torno al respeto de los derechos fundamentales como base del Estado de derecho y a éste como base del orden jurídico. Sólo que, a la luz del mundo contemporáneo, que parece revolucionar todos los parámetros en este inicio de siglo; el centro de este paradigma gira necesariamente en torno a la supervivencia del ser humano como especie, con todas las características que lo definen y le confieren una dignidad de ser racional, social y cultural, capaz de razonar y elegir conforme a principios y valores. Esto, por supuesto, requiere definir y delimitar los conceptos

²¹ Ortega y Gasset, José. *Historia como sistema*, Espasa Calpe, España, 1971, p. 10.

básicos sobre los cuales puede cimentarse una verdadera teoría de los derechos fundamentales, especialmente cuáles son los derechos fundamentales en relación específica con el ser humano como tal.

Como ya esbozamos, el objetivo de este trabajo es el de exponer de manera fundamentada, la necesidad de situarse desde un paradigma específico, la necesidad de definir y delimitar conceptos, para poder diseñar una hipótesis y entonces, estar en posibilidad de poder crear una teoría sobre los derechos fundamentales. En nuestro muy particular caso, la hipótesis establece la necesidad de definir los conceptos básicos: ser humano, derechos que le son esenciales y le confieren su dignidad. Esto es, pretendemos demostrar la necesidad de definir, diferenciar y delimitar los conceptos de derechos humanos, derechos fundamentales, garantías a esos derechos y políticas públicas, como presupuesto indispensable para iniciar la construcción de un nuevo modelo teórico base, para fundamentar un nuevo orden jurídico internacional.

A este respecto seguimos las líneas generales del meta-análisis o meta-teorización, del cual Ritzer nos habla de tres tipos:

- Mu, como el estudio de las teorías, los teóricos y su contexto social-intelectual.
- Mp, análisis de las teorías que dan lugar a otra nueva teoría.
- Mo, como el análisis de las diversas perspectivas que sostienen todo un cuerpo de conocimiento, o generación de una nueva perspectiva global.²²

A este último haremos referencia y sólo en parte, al segundo de ellos.

La modalidad de investigación, pertenece a la opción de estudios históricos o documentales, que por su naturaleza corresponde a la mejor aproximación cualitativa de la metodología de investigación; de manera específica, el presente estudio constituye un ejercicio exegético, hermenéutico y sistematizador dentro de dicho modelo de aproximación metodológica.

La forma particular de aproximación al proceso de investigación, se encuentra determinado por su objeto, en este caso la propia disciplina que estudie el campo conceptual que provisionalmente podemos referir como derechos humanos o derechos fundamentales; y por su problema, que en este caso, es

²² Ritzer, Op. cit., p. 603.

poner de manifiesto la necesidad de definir y delimitar los conceptos básicos que fundamenten las nuevas teorías sobre estos derechos a partir del nuevo paradigma cultural del siglo XXI. Esto, como presupuesto indispensable para generar un nuevo orden jurídico internacional.

Recalcamos que el presente estudio, no pretende establecer dichas definiciones, sino fundamentar la necesidad de definir y delimitar los conceptos referidos, como presupuesto indispensable, para cualquier intento teórico, metodológicamente aceptable y aventurar definiciones provisionales que puedan precisarse mediante estudios posteriores.

El proceso metodológico aquí implementado se desprende de las reglas de la lógica formal y sigue una secuencia en cuatro tiempos: identificación, análisis, exégesis, síntesis e interpretación (hermenéutica). Estos cuatro tiempos se manifiestan en este trabajo de la siguiente manera:

- Identificación: El primer paso consiste en identificar correctamente el objeto y problema de estudio los que habremos de avocarnos, aspecto que queda cubierto en la introducción del presente estudio.
- Análisis: Determinación de los elementos estructurales constitutivos del problema y de las interrelaciones significativas, entre estos elementos a partir de la observación y el análisis lógico. Este aspecto deberá quedar cubierto en el capítulo II y III de este estudio. Se realizó el análisis de cada una de las tres áreas teóricas involucradas, por separado, a fin de establecer sus contenidos relevantes.

En el capítulo primero, formularemos una primera aproximación con el pasado remoto del concepto de derechos humanos y su protección, dentro de lo que es una de las más importantes creaciones del hombre, *el sistema jurídico*. Esta primera aproximación, pretende demostrar en primer lugar, que la idea misma de la existencia de normas basadas en la naturaleza humana y que por tanto les dé ese valor obligatorio para todos los hombres y para todos los tiempos, no ha perdido su vigencia y ha resistido el paso de la historia y en esa pervivencia está la mejor prueba de su existencia. Y en segundo lugar solamente se refiere al desarrollo histórico ligado a los

cambios de paradigma, a partir del paradigma que los genera, la confusión histórica de dichos conceptos y la necesidad de unificación, para evidenciar la necesidad de un cambio, que se ajuste al nuevo paradigma en gestación que demanda la realidad actual.

El capítulo segundo, pretende demostrar la profusión y confusión que existe en cuanto a la formulación de conceptos referidos a los derechos fundamentales y la apremiante necesidad de unificación de los mismos para lograr la formulación de una teoría y por otra parte definir y delimitar los derechos fundamentales del hombre, sobre una base antropológica y social, toda vez que hablamos de ser humano y de su condición social.

- Exégesis: Obtención de la información pertinente en torno al problema, por medio de fuentes y por medio de la observación directa y análisis del problema. Se extrajo la información mediante el análisis de los datos obtenidos mediante una investigación histórica-documental y de campo, aplicando los principios de la lógica formal como el de identidad, contradicción, definición, etc.

En el capítulo tercero, se describe la estructura jurídica en el sentido de considerar indispensable para el orden jurídico, la existencia del Estado de derecho y éste sobre la base del respeto a los derechos fundamentales del hombre, es decir, un paradigma que evidencia al Estado de derecho, como el límite semiológico del argumento jurídico, a la condición humana como fuente natural de los derechos humanos y como límite al derecho convencional, que por supuesto, requiere definirlos, para legitimar el sistema político, y por último, la búsqueda de un nuevo orden jurídico internacional fundado en la protección de los derechos humanos sin fronteras.

En el capítulo IV, se hace una referencia a los derechos sociales.

- Síntesis y Hermenéutica: Lo cual corresponde al capítulo V, donde se lleva a cabo un análisis de los argumentos vertidos a lo largo del presente trabajo dentro de las diferentes vertientes consideradas, como lo son: los argumentos de necesidad, los argumentos que demuestran la existencia del

campo conceptual, los argumentos que aluden a la confusión de términos, haciendo una referencia especial a los textos constitucionales de diversos países.

Se realizó la presentación, correlación y síntesis de los resultados obtenidos de la exégesis, tratando de proceder de manera sistemática y se concluye el proceso hermenéutico al realizar la interpretación final de nuestros resultados y formular la recomendación pertinente.

En este capítulo, se hace referencia al paradigma en construcción, se presentan los resultados de la investigación y la propuesta que consiste en la elaboración de un modelo a partir de la información obtenida e, idealmente, la interpretación del mismo en forma de una recomendación operativa, para futuros trabajos de investigación.

Capítulo I: Antecedentes históricos y doctrinales (a la luz del cambio de paradigma)

Si tomamos en cuenta, que las respuestas a las preguntas fundamentales del ser humano condicionan sus acciones y la totalidad de su vida, hemos de aceptar también que toda cultura cuenta para poder existir, con un conjunto de respuestas que la cohesionan y le permiten o aseguren su permanencia.

Estas respuestas constituyen un paradigma o modelo universal cuando, al menos para la cultura que lo predica, explica todas las cosas y responde todas las preguntas, siendo válido para todas las personas en todo tiempo y lugar. Así lo menciona Jaime M. Jiménez en su obra cuando nos dice que *“toda teoría general descansa sobre algún paradigma o modelo de la realidad”*²³.

Es importante tener en cuenta el análisis de los diferentes paradigmas históricos, considerando el paradigma como el referente universal o la base de los modelos que, en palabras de Jaime Jiménez Cuanalo: *“explican o definen los fenómenos, ya sean matemáticos, jurídicos, sociológicos, etc., sólo que un paradigma universal sirve como base para elaborar los modelos que explican todas las cosas y que responden todas las preguntas”*. La existencia de Dios, nos pone por ejemplo, *“fue la base de toda pregunta y toda respuesta durante el Medioevo, en cuyo caso, si nuestro paradigma no incluye la existencia de Dios, no tiene sentido preguntar si clonar seres humanos será un pecado”*. Si el paradigma, como es el caso del determinismo materialista, no incluye la existencia del libre albedrío, ni siquiera tiene sentido preguntarse si la clonación humana, o cualquier otra cosa, están bien o mal, porque en ese modelo no hay bien ni mal, toda acción es inevitable. Si por el contrario, dice Jaime Jiménez C. *“suscribimos un paradigma religioso, no podemos comenzar por preguntarnos si la clonación humana será una buena decisión científica o comercial, sin antes preguntarnos si será moral o no”*²⁴.

²³ Jiménez Cuanalo, Jaime M. *Arsología*, Límite, México 2008, p.19.

²⁴ Jiménez Cuanalo, Jaime M., Entrevista personal, 20 de noviembre de 2011.

Jiménez nos ilustra sobre este tema, y nos indica que toda sociedad requiere de un paradigma universal compartido que permita la coordinación no solamente de todos sus miembros, sino de todos sus esfuerzos. Sin un paradigma compartido, pierden su significación el verdadero lenguaje y la comunicación, tornándose inútil la producción cultural y llevando dicha cultura o sociedad al deterioro e incluso a la extinción cuando no son capaces de evolucionar y construir un nuevo paradigma social compartido, quizá con base en la transformación de los anteriores.

Nuestra cultura occidental, según el Maestro Jiménez, ha pasado por la transformación de varios paradigmas, desde el paradigma idealista de la civilización clásica, donde se debía ajustar la realidad a la racionalidad y por tanto la creación humana, economía, estructuras sociales, sistemas jurídicos, etc., eran racionalmente diseñados y racionalmente válidos. Esto justificaba incluso el esclavismo.

Siguiendo este tren de ideas, y a la luz del paradigma teológico, que inicia con la ruptura del imperio romano y se extiende a Europa y Medio Oriente, donde generará más tarde la cultura musulmana, tampoco se aceptaba como importante lo real, sino como tránsito a una vida mejor, con lo que era aceptable todo sufrimiento y toda sumisión, tanto en los actos públicos como privados, tanto de la iglesia como de los señores feudales, antes que perder la vida eterna por causa de su rebeldía.

Nos dice el maestro Jiménez que:

...tras la fractura de la religión, se inicia el paradigma materialista; surge a través de un viaje que inicia desde la creencia de que sólo lo espiritual importa, pasa a través del Renacimiento, donde también lo material importa, hasta los siglos XVII y XVIII, donde lo material es lo más importante y en seguida, los siglos XVIII y XIX, donde lo material es lo único que importa y hasta el siglo XX, donde lo material es lo único que existe.²⁵

Es pues, muy importante, saber dentro de cual paradigma se están generando las preguntas y las respuestas que han de servir de base a la cohesión de la sociedad.

²⁵ Ibid., pp. 19,20.

Antigüedad

La teoría de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, especialmente a nivel internacional, es un tema de factura reciente, que se está gestando a la luz de un nuevo paradigma en construcción, sin embargo, cuando hablamos de la búsqueda de la protección a esos derechos y libertades esenciales o fundamentales del ser humano, podemos rastrearlos en la historia tan lejos como nos lo permita el encontrar referencias, porque aunque de manera indirecta considerado, siempre se ha buscado su protección, a través de los diferentes paradigmas existentes.

Así lo menciona en "*Appunti per una Storia Della Protezione dei Diritti Umani*" (apuntes para una historia sobre la protección de los derechos humanos), que con motivo del noveno centenario de la Universidad de Bolonia presenta el maestro Pugliese, quien nos dice que el primer derecho reconocido en la antigüedad, fue el derecho a la vida, cuyo reconocimiento se da a través de la protección indirecta que se establece mediante el castigo al homicidio: "*la protezione attraverso la punizione dell'omicidio si concretò nell'esercizio della vendetta di sangue da parte dei figli, parenti, appartenenti al gruppo dell'occiso*" (la protección, a través del castigo del homicidio, se concretó a través de la venganza de sangre, por parte de los parientes pertenecientes al grupo del occiso).²⁶

Los reconocimientos más antiguos de la <venganza de sangre>, los encontramos en los sumerios y los acadios, y se refieren al derecho del hijo o parientes del grupo al que pertenecía el occiso para tomar venganza en contra del homicida o algún pariente del grupo del homicida. Aunque el reconocimiento del derecho a la <vendetta di sangue> es público, la acción se lleva a cabo a nivel privado. En estos tiempos el criterio que priva, se confunde entre lo mágico y la costumbre. Los poemas homéricos constituyen un buen ejemplo dentro del mundo griego.

²⁶ Pugliese, Giovanni. *Apunti per una Storia della Protezione dei Diritti Umani*, International Congress on Procedural Law for the ninth Century of the University of Bologna, Bologna, Roma, 1988, p. 28, [tra. del ponente].

Alrededor de 1750 a.C. en Mesopotamia, el Código de Hammurabi, como parte de un avance en este terreno, prevé la pena de muerte para quien no prueba su causa, habiendo acusado a otro de homicidio, se establece un control sobre la prueba del fundamento de la acusación de acuerdo a las disposiciones del Códice, con lo cual se amplía el concepto de homicidio, como conducta sometida a castigo sin dejar por esto de constituir acciones privadas.

Las leyes atenienses de Draconte, (s. VII A.C.) son, en esencia, análogas al Código de Hammurabi en lo relativo al homicidio premeditado, pero también se acepta el perdón unánime de los hijos o parientes, en cierto grado, para evitar el destierro por el homicidio no premeditado y las acciones *«dike phonoy»* siguen correspondiendo exclusivamente a la acción privada, –aunque se presenten ante el Areópago (máximo órgano judicial de Atenas)– ya que se ejecutan por el actor, ya sea el hijo o parientes próximos.

Si bien, en el sistema Ateniense el homicidio se persigue sólo por los parientes ligados al occiso; en Roma, la acusación llega a ser pública. *“l'accusa diventò pubblica (lege di Numa s.IV), nos dice Pugliese.”*²⁷

En Roma, según Bialostosky,²⁸ se distingue entre los delitos públicos *«crimina»* y los delitos privados *«delicta»*; en cuanto a los primeros, únicamente hacían referencia a quienes tenían calidad de ciudadanos *«sui juris»*, se tramitaban ante los *«comicios»* y más tarde en los *«iudicium populi y iudicium publicum»*, que se sancionaban públicamente *«coercio»*, en consecuencia, al hacer una clara distinción entre ciudadanos y quienes no lo son, no podemos considerarlos antecedente de los derechos humanos universales, sino únicamente como referencia indirecta.

En cuanto a la integridad física o lesiones, siguiendo a Pugliese, sabemos que se inicia dentro de la *«vendetta di sangue»* como infringir una lesión equivalente, se transforma al reconocer una pena pecuniaria (Ley de las XII Tablas), establecida discrecionalmente por el órgano judicial más tarde con la *«actio iniuriarum»*, que es una acción privada que se transforma con la *«lex*

²⁷ Ibid., p.30, tr. del ponente.

²⁸ Bialostosky, Sara. *Panorama del Derecho Romano*, UNAM, México 1990, p. 187.

cornelia», en un procedimiento o *«procedura semi-publica»*. Pero es durante el principado que deviene en *represión pública*, consolidando una verdadera protección de derechos, aunque parcial, ya que el derecho romano no llegó nunca a considerar a todos los delitos como públicos. En cuanto a los derechos políticos, refiere que de la misma manera indirecta que se protege la vida con el castigo por homicidio, se tutelan los derechos civiles mediante el recurso *«ai iudici»*, y que respecto de la libertad los romanos la consideraron piedra angular del ordenamiento romano republicano.

Con base en lo expuesto anteriormente, nos parece que puede formularse una primera aproximación, de lo que es el pasado remoto, al concepto de derechos humanos y su protección, dentro de lo que es una de las más importantes creaciones del hombre, el sistema jurídico.

Sin embargo, el verdadero antecedente de los derechos humanos y su protección entre los romanos, la vamos a encontrar en la lucha emprendida para lograr el reconocimiento de todos como sujetos de derecho, tanto de los *«alieni juris»*, como de los sujetos al *«jus gentium»*, que nunca llegó a lograrse del todo. Foustel de Coulanges,²⁹ nos habla magistralmente de esta lenta evolución, de cuatro etapas:

La primera, que nos lleva del remoto pasado, a la lucha que se desarrolla entre la aristocracia, para defender el derecho absoluto de los *«pater»* dentro de la *«gens»*, en contra del poder de los reyes y con esto, al reconocimiento de sus derechos individuales, con entero desconocimiento de los derechos del ser humano en general.

La segunda, que nos lleva del antiguo régimen de la *«gens»* al régimen de la ciudad, dentro del cual la participación del *«pater»* como ciudadano comienza a debilita su poder dentro de la *«gens»*, y a su vez, de la tendencia a desaparecer la primogenitura deviene la diferencia entre *«pater»* y *«conscripti»* (según representen a la *«gens»* o ramas segundas). Este estado de cosas fue lo que permitió que los clientes iniciaran su emanciparan y buscaran el reconocimiento de su derecho a la

²⁹ De Coulanges, Fustel. *La Ciudad Antigua*, [trad. M. Ciegas Aparicio], Albatros, Argentina, 1942.

tierra (derecho de propiedad), lo mismo que los hijos emancipados, ya que incluso se llegó a conceder la propiedad de la riqueza obtenida en la guerra. Durante este periodo podemos ver cómo van creciendo los deseos tanto de libertad como de igualdad.

La tercera, permite el ingreso de la plebe a la ciudad (primero a través de la monarquía y más tarde por los tiranos) y con el tiempo, permite también la riqueza de algunos plebeyos. Este suceso es de vital importancia, porque el dinero ya no queda sujeto a las restricciones que la religión impone a la tierra y puede ser acumulada, de esta forma crece el deseo de los clientes de asimilarse a la plebe para adquirir mayor libertad y riqueza.

Nacen también el comercio, la industria, los artesanos y paralelamente el desarrollo de las artes y todo esto, nos va llevando a la formación de las clases sociales dentro de la plebe, obviamente por razones de riqueza, nos dice Foustel de Coulange:

La riqueza se ha convertido en único objeto de los deseos de los hombres, porque otorga el poder". Este ingreso de la plebe a la ciudad: "es una revolución que ha llenado la historia de Grecia y de Italia del séptimo al quinto siglo. Los esfuerzos del pueblo han triunfado en todas partes; pero no de la misma manera..."³⁰

Por supuesto, cambian también el sistema político y la legislación. La lucha de la plebe por conquistar el derecho de libertad, igualdad y propiedad, fue imparable, sobre todo después de Solón; en Grecia podemos ver como se van formando nuevas tribus, sin privilegios de nacimiento, de forma que ahora, todos eran iguales para pertenecer a ellas; la religión se vuelve de la ciudad y pertenece a todos. *"El antiguo molde de la sociedad quedó roto y se formó un nuevo cuerpo social."*³¹

En Roma, el paso se da a través la propiedad adquirida fuera del <agen> romano, del voto de la centuria y la designación de tribunos: *"nadie podía tocarle sin cometer el crimen de violación y sin mancillarse"*.³² La plebe se organiza y si

³⁰ Ibid., p. 348.

³¹ Ibid., p 356.

³² Ibid., p.367

bien no tenían senado, leyes o magistrados, sí tenía como protectores o jueces a los tribunos inviolables y si no tienen asambleas por curias sí tienen asambleas por tribus y buscó compartir las leyes y las instituciones en condiciones de igualdad.

La transformación del sistema jurídico se inicia a partir del Código de Solón y del Código de las Doce Tablas. Al menos en la ley de las doce tablas, podemos observar la mención que se hace respecto a que: *“Lo que los sufragios han ordenado en último lugar, eso es la ley”*.³³ La ley es hecha, ciertamente por los patricios, pero a requerimiento de la plebe y para la plebe. El resultado de esta transformación se dejó sentir no solamente en la estructura social, respecto de la cual cambia la estructura de poder en manos del *«pater familia»* a quien se va restando poder.

Cambian las instituciones y el derecho, la ley pierde su significado religioso, ya no tiene sustento en las fórmulas religiosas que sólo se encuentran en poder de unos cuantos que las guardan celosamente, donde el culto familiar es lo más importante y alrededor del cual se forma la estructura social y el derecho. Ahora la importancia del interés público crece y se convierte en el nuevo principio tanto del gobierno y como de la política, el voto adquiere una gran importancia y pasa a pertenecer al pueblo.

Durante la cuarta revolución mencionada por Foustel de Coulange, en donde los intereses políticos no son dictados por el nacimiento sino por la fortuna, las curias se dividen en función del monto de la fortuna que se tiene; las guerras y el interés público no favorecen la diferencia de clases, y poco a poco fue necesario conceder derechos políticos a los hombres libres, se formaron verdaderas asambleas populares y se estableció el sufragio universal y se consolidó el gran cambio del gobierno democrático.

Toda esta gran lucha, si bien produjo grandes cambios no pudo conseguir una verdadera libertad y mucho menos una verdadera igualdad de derechos, pero su búsqueda incansable frente a la discriminación y el poder absoluto transformó la estructura social y al mismo tiempo la estructura política greco romana y sus

³³ Ibid., p.384.

instituciones, principalmente el orden jurídico para darles una mayor protección, y esto significó un gran avance.

El Derecho Natural

Uno de los más graves problemas a que se enfrenta la protección de los derechos humanos y sus libertades fundamentales, es el hecho de que hasta el día de hoy, siguen debatiéndose tanto los conceptos, como el valor y el alcance que los sitúe *«erga omnes»*. A este respecto, algunos autores como García Máynez apuntan:

...mientras sus autores discuten, sin llegar a un acuerdo, cuál es la naturaleza en que tiene su asiento el verdadero derecho, los detentadores del poder formulan los preceptos rectores de la convivencia humana y crean, para asegurar su eficacia, el monopolio de la coacción.³⁴

Los defensores del derecho natural, no siempre lo equiparan a los derechos esenciales al hombre para su desarrollo dentro del grupo social, e incluso, existen criterios diametralmente opuestos. Recuérdese en este punto la divergencia que refiere Menzel, entre Calicles, para quien el derecho natural es el derecho a la dominación y a la posesión del más fuerte: *“...quienes hacen las leyes son los débiles, las muchedumbres”*, y Protágoras, para quien *“...lo justo no existe por naturaleza, pues únicamente se da en las leyes aprobadas por el pueblo”*,³⁵ que puede desembocar en la negación misma del derecho; sin embargo, la doctrina del derecho natural es referencia histórica obligada, tanto en la historia como en la doctrina, ya que resulta un antecedente necesario, en tanto que hablamos de la protección de los derechos humanos, sobre todo porque representa el punto de sustento del *ius naturalismo*. Incluso, hoy en día, existen algunas corrientes doctrinarias como el personalismo, que destacan una diferencia entre ser humano y persona humana.

³⁴ García Máynez, Eduardo. *Axiología Jurídica y Derecho Natural*, Symposium sobre derecho natural y axiología, UNAM 1963, p. 93.

³⁵ Menzel, Adolf. *Calicles*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México 1964. pp. 19-34.

Grecia

La mayoría de los filósofos griegos, no podían dejar de pensar que tras la confusa variedad de normas a que se sujetaban los hombres en los diferentes pueblos, podría o debería existir una idea general de justicia, relacionada con los elementos que son permanentes a la naturaleza humana *«physis»*. No olvidemos que el nacimiento de la idea de equilibrio dentro de la polis, obedece al equilibrio dentro de la naturaleza que por su propia esencia es justo y de ahí que lo justo de las leyes humanas se asemeja a lo justo de las leyes naturales en razón del equilibrio que producen.

Pero la idea del derecho natural, como ya referimos, es donde va a alcanza su pleno desarrollo es a partir de lo que ahora conocemos como la filosofía de los estoicos.

Dentro de la filosofía estoica, vemos como se considera la igualdad como un ingrediente muy importante del derecho natural. Menciona Bodenheimer que para los estoicos: *“los hombres eran esencialmente iguales y de que la discriminación entre ellos, por razones de sexo, clase, raza, o nacionalidad eran injustas y contrarias al Derecho natural”*³⁶

Para Zenón, iniciador del estoicismo,

De este logos del mundo «la razón divina consciente como alma del cuerpo del mundo» fluye una ley según la cual todos los hombres viven bajo el mismo derecho de la naturaleza en la patria común del universo; orgullosa conciencia de la libertad del sabio virtuoso.³⁷

Como podemos observar, en lo antes expuesto, notamos que existe un muy claro antecedente de nuestro concepto de derechos humanos en esta doctrina. Especialmente porque nos plantea lo que Lord Bryce nos describe como identidad de características dominantes, combinada con una diversidad infinita de individuos.

³⁶ Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*, Trad. Vicente Herrero, FCE, México 1964, p.136.

³⁷ Wilhelm, Dilthey. *Historia de la Filosofía*, FCE, México 1979, p.35.

Roma

Los romanos son, sin duda, los creadores del arte del derecho. Así podemos apreciarlo en las palabras de Celso: *ius est ars boni et aequi Dig., I, 1, 1*,³⁸. Pero su creación monumental, el sistema jurídico, tuvo como base innegable la filosofía griega.

En cuanto a su distinción entre *ius civile*, *ius gentium* y *ius naturale*, que parece negar la existencia misma del derecho natural, Bodenheimer nos hace una referencia a Lord Bryce, quien dice que:

El derecho natural representaba para los romanos lo que es conforme a la razón... y a la conveniencia general. Es simple y racional, frente a todo lo artificial y arbitrario; es universal, frente a lo nacional o local. Es superior a todo otro Derecho porque pertenece a la humanidad como humanidad y es expresión del propósito de la divinidad o de la más elevada razón del hombre.

Y agrega:

Los jurisconsultos romanos encontraron estas cualidades en su *ius gentium* y de ahí a concluir que el *ius gentium* era la expresión de principios eternos del Derecho y justicia, y por ello coincidentes con el Derecho natural, no hay más que un paso.³⁹

Sin embargo, Lord Bryce parece olvidar que la conveniencia general es subjetiva y por lo tanto es también arbitraria y que a pesar del reconocimiento público, estaba sujeto a acciones privadas.

Es Cicerón, quien formula por primera vez la definición de derecho natural, como el “conjunto de principios emanados de la voluntad divina, apropiados a la misma naturaleza del hombre, e inmutables, porque son perfectamente conformes con la idea de lo justo”.⁴⁰

³⁸ Celso. *Digesto*, www.edictum.com.ar/miWeb4/exegis/EXEGESIS%20D%201.1.1.pr.doc, [consultado el 9/07/13]

³⁹ Bodenheimer, Loc. Cit.

⁴⁰ Petit, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, [Trad. Dr. José Fernández González], EDINAL, México 1963. p.21

De lo anterior, vale rescatar la referencia de “*apropiados a la naturaleza del hombre y conformes a la idea de lo justo*”. También nos habla de algunos de esos principios y de la idea de lo justo:

No destruir los intereses de los demás, sino medirlos a todos por una misma medida (equidad)... una justicia igual a todos porque de otro modo no sería justicia... y en solo defender con justicia y fidelidad a los aliados cifraban toda su gloria los magistrados y generales⁴¹.

Gallo, por su parte, dice del *ius Gentium*: “*Lo que la razón natural estableció entre todos los hombres y se observa por todos los pueblos, es llamado ius gentium, por ser el Derecho que todas las gentes emplean*”. Aquí, particularmente importante es la mención que hace de: “*entre todos los hombres y por todos los pueblos*”.⁴²

Dentro de la evolución del derecho romano, encontramos dos líneas que nos llevan hacia el moderno concepto de derechos humanos y libertades fundamentales: la primera de ellas, en cuanto a establecer que es una idea que se hace presente de manera consubstancial a la existencia del ser humano y que se refiere a aquellos elementos que constituyen una *«conditio sine qua non»* de su existencia (recordando que esto implica ser social o culturalmente considerado); y la segunda, que abordamos más adelante, en cuanto a que la lucha de los seres humanos para que se les reconozca partícipes en igualdad de condiciones, mediante su protección universal, ha sido el motor en la historia para el cambio, desarrollo y transformación de los sistemas socio – políticos, en la búsqueda de un sistema jurídico capaz de brindar a todos la protección necesaria para su sobrevivencia como seres humanos, lo cual hace referencia indispensable, según mi particular opinión, a los sistemas procesales, ya que es la única forma efectiva para su protección.

El paradigma, respecto a lo que son el hombre y la realidad, descansa dentro de la filosofía grecolatina, en la razón como única forma de acceder a la realidad.

⁴¹ Cicerón, *Los oficios o Los deberes*, Porrúa, México 1973, pp.51, 55 .

⁴² Petit, Loc. Cit.

Desde el concepto socrático, donde la esencia es coincidente con lo que representa, es decir, lo que la realidad es, y resulta por tanto asequible sólo a través del razonamiento puro, pasando por la dicotomía del mundo platónico, donde la realidad es inasequible, siempre incierta, donde tenemos que remontarnos a través del razonamiento hasta “el mundo” de las ideas, única fuente de conocimiento verdadero, ya que la realidad será siempre dubitable y no podemos acceder a ella a través de los sentidos, ya que resultan incapaces de darnos paso a una realidad verdadera, hasta la lógica aristotélica que a través del silogismo nos permite establecer los parámetros de verdad y un verdadero acceso a la realidad.

Lo importante para este trabajo es el poner de manifiesto que el paradigma, respecto a lo que son el hombre y la realidad, se va transformando y descansa dentro de la filosofía greco-latina en la razón, como única forma de acceder a la realidad.

Dentro de este contexto, el hombre y sus derechos fundamentales, se nos presentan como el resultado de la racionalización respecto al universo en evolución, y aquí encontramos el gran “logos universal” que debe haber creado al hombre racional y cuyas características se refieren a aquéllos elementos que constituyen una *conditio sine qua non* de su existencia y que han sido establecidas de manera natural por ese “logos universal”, principio de la evolución, a las que podemos acceder precisamente a través del razonamiento.

Esto, nos presenta la parte individual, naturalmente considerada. El carácter artificial y humano de las normas jurídicas es referido al equilibrio dentro de la *polis*, a imitación del equilibrio universal y dentro de esta convención humana, si lo justo es referido a mantener ese equilibrio dentro de la *polis* que imita el equilibrio universal, entonces, lo lícito y lo justo son lo mismo, —como lo refiere de Sócrates—, en Rolando Tamayo y Salmorán.⁴³

Pero qué pasa con todas estas ideas originarias cuando se cambia el paradigma de la época y consecuentemente, al cambiar los presupuestos

⁴³ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, UNAM, México 2004, p. 63.

fundamentales de la existencia, se cambian las respuestas a las preguntas esenciales.

Edad Media

La Iglesia, dominante durante la edad media, recoge los frutos del desarrollo greco-romano y tomando los conceptos del derecho natural emanados de la doctrina de los estoicos y de los jurisconsultos romanos a través del *ius gentium*, lo adaptan a las ideas de la doctrina de la iglesia cristiana.

En un punto son coincidentes, al considerar que el ser humano nace con ese germen de humanidad que se manifiesta en elementos concretos y definitorios, pero las hacen depender de la voluntad divina directamente, desconectándolo del universo físico *«physis»*, aunque esta diferencia no es muy notoria al principio del *«Corpus Juris Canonici»*, donde podemos leer: “*Todas las leyes son divinas o humanas. Las divinas, se fundan en la naturaleza, las humanas, en las costumbres; y estas difieren entre sí porque los distintos pueblos han preferido distintas leyes*”.⁴⁴ De aquí el cuidado de la propia vida y la educación de los hijos, aunque agregan conceptos no evidentes como no ofender o dañar al prójimo.

Su manejo del pecado, las lleva por un derrotero divergente y les permite llegar a justificar instituciones como la esclavitud. A más de que visualizan el precepto básico del derecho natural a través de indicaciones particulares hechas por Dios, en hacer el bien y evitar el mal, de donde el Bien Supremo se deviene en la piedra angular de la filosofía cristiana.

Por su parte, Sto. Tomás de Aquino define la *lex humana* como: “*una ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad*”.⁴⁵ Así que esta noción de Bien Común o *Bien Supremo* persiste a lo largo de toda la cristiandad y lo vemos presente en la encíclica *Pacem in*

⁴⁴ Bodenheimer, Op. Cit., p. 142.

⁴⁵ Aquino, Santo Tomás de. *Summa Theolologiae*, [consultado el 16/06/10], <http://www.sacred-texts.com/chr/aquinas/summa/index.htm>

Terris de Juan XXIII, como base de la moderna teoría cristiana del Derecho Natural.

El bien común, dice la encíclica, constituye la razón misma de ser de los poderes públicos:

53. Todos los individuos y grupos intermedios tienen el deber de prestar su colaboración personal al bien común. De donde se sigue la conclusión fundamental de que todos ellos han de acomodar sus intereses a las necesidades de los demás, y la de que deben enderezar sus prestaciones en bienes o servicios al fin que los gobernantes han establecido, según normas de justicia y respetando los procedimientos y límites fijados para el gobierno. Los gobernantes, por tanto, deben dictar aquellas disposiciones que, además de su perfección formal jurídica, se ordenen por entero al bien de la comunidad o puedan conducir a él.⁴⁶

Por otra parte, cuando la doctrina del derecho natural acepta, que la voluntad divina es dada a conocer al hombre, no solamente a través de la revelación, sino además a través de la razón, sienta las bases para el desarrollo del racionalismo.

En este punto, debemos llamar la atención sobre el paradigma en el cual descansan el concepto de ser humano y sus derechos fundamentales, sobre la base de la divinidad creadora del mundo, en la esencia de todo cuanto existe, sobre la base también de un ser humano que debe sufrir para merecer la vida eterna, no se trata de hacer valer los derechos sino de sufrir su ausencia, el ser humano está de paso en este mundo, con los derechos que Dios le ha concedido y cuya violación por otros, le hace merecedor de un mejor futuro ultra terreno. La realidad le ha sido dada, no ha participado en su creación original, a pesar de su libre albedrío, el paradigma, es sufrir para merecer, pero también plantea un castigo para aquellos que violan los derechos humanos de los demás.

Este paradigma es transplantado al nuevo mundo, a raíz de su descubrimiento por las naciones europeas, que al conquistar, imponen su cultura y su paradigma religioso. Sin embargo, nacen diferentes respuestas, fruto del

⁴⁶Juan XXIII. *Rerum Novarum*, [Encíclica] No.53
www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents [consultado el 9/07/13].

sincretismo entre dos culturas y por ende, dos formas diferentes de entender el mundo.

La disputa del nuevo mundo

Sobre las bases del paradigma cristiano del derecho natural, durante los siglos XVI y XVII, los teólogos y juristas españoles juegan un papel de gran importancia en la gran disputa del nuevo mundo, dentro de las teorías humanistas del derecho natural medieval.

Mauricio Beuchot, en su obra, *“Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas”*, cita:

Para Fray Bartolomé de las Casas, en seguimiento de Santo Tomás y Vitoria, el derecho natural es el fundamento en el que se basan todos los derechos del hombre... El derecho natural es un conjunto de derechos básicos que surgen de las características mismas del hombre, es decir, de la naturaleza humana... Así pues, el derecho natural fundamenta a esos derechos inalienables que después hemos llamado «derechos humanos». Aunque Las Casas no hablaba de derechos humanos, los estaba defendiendo en el derecho natural y el derecho de gentes que establecían esos derechos básicos.⁴⁷

Las Casas, hace una formidable defensa de los indígenas americanos y al hacerlo, también lo hace de los derechos humanos, lo que podemos ver en la cita de Beuchot:

De esto, Bartolomé de las Casas extrae una conclusión que proclama de modo profético: se sigue que los infieles son libres, poseedores de tierras independientes, y no tienen otro superior más que el que ellos mismos reconocen⁴⁸.

Las ideas de Fray Bartolomé de las Casas, nos plantean la existencia de aquellos derechos consubstanciales a la naturaleza del ser humano, que le pertenecen por el hecho de serlo y por ello constituyen antecedente al nuevo paradigma en construcción, hoy referido a la sobrevivencia de la especie como

⁴⁷ Beuchot, Mauricio. *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Biblioteca A No. 3, ANTHROPOS, España, 1994, p.53.

⁴⁸ Ibid., p.60.

valor fundamental, lo cual conlleva la responsabilidad de crear la propia realidad, tanto circundante como personal.

Por otra parte, entre los juristas españoles que contribuyeron a esta tarea, Antonio E. Pérez Luño, menciona a Vázquez de Menchaca, quien habla de: *“los derechos naturales que poseen los individuos en base al Derecho natural”* y menciona también, dentro del pensamiento iusnaturalista de la Escuela española, a Francisco Suárez y Gabriel Vázquez, que influyeron en el racionalismo humanista de Grocio, nos dice:

...anticipando el decisivo impulso del iusnaturalismo europeo para la evolución de los derechos naturales. Y, de posturas regresivas entre nuestros clásicos, como lo prueban las sutiles argumentaciones de Finés de Sepúlveda o de Molina para justificar el estado de servidumbre.⁴⁹

Racionalismo

Durante el racionalismo, nos encontramos con el concepto de normas basadas en el descubrimiento de la razón humana, y por ello, eternas e inmutables, pero este concepto está cargado de subjetivismo al momento de determinar cuál es ese derecho eterno y natural, cuáles esos derechos naturales e inalienables como la vida, la libertad y la propiedad.

El siglo XVII da paso a la ciencia, como único medio de conocimiento de la realidad y única forma de acceder a la verdad. La ciencia lo es todo, la filosofía empírica nos lleva por el camino de la comprobación científica, como único medio de acceder a la realidad y a la verdad hasta su culminación en el positivismo del siglo XIX.

Hugo Grocio retoma los postulados del derecho natural de los estoicos, separa la ciencia del derecho de la teología y los instala en el intelecto o razón humana, colocando lo justo en todo lo que es conforme a la naturaleza humana y a su impulso social. Ives de la Brière, lo ejemplifica diciendo: *“la libre travesía del territorio debe ser concedida al beligerante que sostiene una guerra justa y que*

⁴⁹ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 2011, p.27.

ejerce obra de ajusticiador, debe ser negada al beligerante culpable y transgresor del derecho".⁵⁰

El racionalismo desde Grocio, pasando por Hobbes «principios creados por la razón para asegurar una vida pacífica», Spinoza «el poder del soberano contra el poder de la multitud», y hasta Kant «imperativos categórico», representa la primera parte del racionalismo clásico; mientras que la segunda etapa se vincula a las modernas teorías constitucionales. De Looke a Kant, vamos a ver como paulatinamente los derechos naturales, tanto a la vida como a la libertad y a la propiedad, se van instalando poco a poco como la razón de ser del Estado de derecho; esto es, como única forma de legitimar el poder público. Para Kant, cita Pérez Luño:

...todos los derechos naturales se compendian en el derecho a la libertad, en cuanto ésta pueda coexistir con la libertad de los demás según una ley universal: tal derecho corresponde a todo hombre en base a su propia humanidad.⁵¹

A la par que el racionalismo, surge también el paradigma materialista, que nos indica que la realidad es asequible en tanto el conocimiento científico nos guíe, lo cual subyace en el centro mismo del positivismo.

Bajo este paradigma todas las preguntas y respuestas están definidas en términos materiales, tanto en el sistema capitalista como en el fallido sistema comunista. Si todo se define en términos materiales, lo que importa no son los valores del hombre sino sus acciones y sus posesiones y acceder a ellas es el único fin deseable.

Esto nos lleva a la pérdida de equilibrio social, en un mundo donde se considera que lo importante respecto a la conducta es el resultado, no la intención, que la importancia del ser humano no estriba en sus valores, sino en sus acciones y en donde la persona se puede considerar más valiosa cuando se tiene dinero que cuando se tiene honor. La importancia del derecho parece reducirse a conservar o a restituir cosas, ya que no se de importancia a la justicia sino a la seguridad jurídica.

⁵⁰ Ives de la Brière, S.J. *El Derecho de la Guerra Justa*. Jus, México 1944, p.162.

⁵¹ Pérez Luño, Op. Cit., p.28.

Pero, veamos en que han desembocado todas estas ideas con el transcurso del tiempo y a la luz de las modernas teorías constitucionales, cuyo eje central es precisamente la constitución.

Teorías modernas

Dentro de las modernas teorías constitucionales cuyo antecedente remoto es en Inglaterra la “*Magna Charta*”, firmada por el Rey Juan Sin Tierra en Runnymede el 15 de junio de 1215, en cuyos 79 capítulos, escritos en latín, otorga derechos y libertades —sin menoscabo de conservar sus derechos sucesorios al trono— a sus barones ingleses, en las siguientes palabras:

Hemos también otorgado a todos los hombres libres de Nuestro Reino a nombre de Nosotros y Nuestros herederos y para siempre, todas las libertades suscritas; que las tengan y conserven ellos y sus herederos de parte de Nosotros y de Nuestros herederos.⁵²

Tenemos el impulso de sucesivas generaciones para la lucha en pro de la protección de los derechos humanos, a través del cambio de la estructura, no sólo político constitucional, sino judicial. Nos enfrentamos a procesos que transformaron los mapas políticos, a raíz del descubrimiento del nuevo mundo; y los procesos de colonización, trasladaron los problemas sociales de discriminación y abuso de poder a las nuevas Colonias.

Las turbulencias del siglo XVIII que dieron origen al constitucionalismo en Europa, también terminan desatando movimientos revolucionarios en las colonias y de esta forma, la violenta transformación de las estructuras de gobierno se generaliza.

El viejo concepto de soberanía, históricamente polémico, que había servido para justificar la victoria ideológica del rey sobre la potestad del papa y de los señores feudales, será trasladado ahora al pueblo; ya sea para depositarlo en el Parlamento, como órgano representante de la Nación como fuente de la

⁵² EXEGESIS, *Magna Carta 1215*, suplemento, [trad. José Hernández L.], II época, vol. I No.10, Monterrey, México, Abril de 1981, líneas 5-7.

soberanía, o para depositarla en el pueblo quien la ejerce por medio de sus representantes en una forma de gobierno democrático y representativo.

Dentro del Estado constitucional, la existencia de una constitución nos indica necesariamente un acto constituyente, en el cual se establecieron los derechos fundamentales de un pueblo y se estableció su forma de gobierno; la diferencia en el tiempo entre poder constituyente y poderes constituidos es clara, así como su competencia; ya que la del primero se agota en el acto mismo de establecer la constitución y la de los segundos emana de ella, para ejercer las facultades recibidas del poder constituyente.

Así, el pueblo encuentra un motivo de reconocimiento de sus derechos dentro de la constitución y la garantía contra el abuso de poder, ya que los poderes constituidos lo son con funciones específicas y facultades determinadas dentro de la constitución, así, Hamilton expone en *El Federalista que*:

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer, no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben.⁵³

Esta tesis, como es bien sabido, se afirma dentro del derecho norteamericano a través de la célebre ejecutoria del presidente de la Suprema Corte de Justicia John Marshall.

Pero lo más importante dentro del contexto del presente trabajo, es que los procesos que dan origen al constitucionalismo, son precisamente, procesos de búsqueda de reconocimiento de derechos, ya que es por medio de las constituciones que se expresa la vida misma de los pueblos, sus más grandes anhelos, aquello que les resulta tan valioso, que comprometen su propia vida en la consecución de tan grande empresa, es el alma colectiva y el resultado es la transformación de los sistemas políticos, de las formas de gobierno y del orden

⁵³ Hamilton, Alexander. *El Federalista*, [consultado el 11/07/13], www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/federalista/78.html

jurídico. El pueblo intenta mantener sus conquistas y por ende sus derechos a salvo de los vaivenes del poder, su deseo mas grande es la permanencia de esos derechos. Por este motivo, ven en la constitución, un documento capaz de garantizar permanentemente sus derechos tan duramente conquistados.

Al decir de Häberle,

...la Constitución es el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad... y se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales⁵⁴.

Al menos en América, el proceso que llevó a la nación mexicana hacia el constitucionalismo desde los primeros intentos de 1812, nació de los graves problemas de discriminación, no sólo de las etnias sojuzgadas, sino de la discriminación de los propios descendientes europeos nacidos en América, llamados criollos, quienes detentaban el poder económico pero que no podían acceder a los cargos públicos reservados a los peninsulares.

Es obvio que la lucha tuvo como factor decisivo la búsqueda del reconocimiento de los criollos en un plano de igualdad; que por supuesto fue respaldado por las muchedumbres indígenas y mestizas que compartían ese sentimiento de falta de igualdad, más una falta de reconocimiento a sus derechos humanos.

A lo largo de un siglo, pasando por la lucha de independencia y hasta la revolución, se presencia un proceso de lucha decidida por un reconocimiento de igualdad y derechos que son reconocidos tras los intentos de 1812-14, por la constitución de 1824, aunque de manera desarticulada en varios artículos de la sección VII sobre derechos al debido proceso, orden de cateo y otras prohibiciones; tras varios intentos constitucionales centralistas y federalistas, que sólo mencionan de paso algunos derechos fundamentales.

Nuestra constitución de 1857, habla de los derechos del hombre y en su:

⁵⁴ Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2003, p. 169.

art. 1º El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.

Encontramos aquí, una clara influencia del liberalismo político, en el reconocimiento de los derechos del hombre. La constitución Mexicana de 1857, no otorga, sino que reconoce los derechos iguales de todos, garantizados como la base y el objeto de las instituciones sociales.

Las luchas revolucionarias surgidas de grupos campesinos y obreros, principalmente mineros e industriales, son por fin reconocidas y garantizadas en la constitución. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, con marcada influencia del paradigma positivista, olvida la verdadera naturaleza de los derechos humanos y nos habla de gozar de las garantías otorgadas por la Constitución, pero no del reconocimiento de derechos.

Esto parece constituir un retroceso en la consideración de lo que los derechos humanos son, el enfoque dado por la constitución de 1917, es en relación a que este documento, esta constitución es la que otorga los derechos a los ciudadanos, aún cuando represente el consenso popular, no es este consenso ni ese documento quienes otorgan los derechos humanos al hombre.

Por fin la reforma de 10 de junio de 2011, a la constitución, en su Título Primero, Capítulo Primero, nos habla de: los derechos humanos y sus garantías, como derechos reconocidos y de las garantías para su protección.

Resulta innegable que tanto en el nuevo continente, donde estos procesos dieron origen al nacimiento de los Estados, como en el viejo continente, donde dentro de los Estados ya formados, estos procesos representaron la transformación política y jurídica de sistemas de añeja tradición, que dieron paso a nuevas formas de gobernar, el liberalismo o la filosofía política de la libertad que les dio origen, lo hacía sobre la base de la búsqueda de reconocimiento de derechos y libertades fundamentales, pues como dice Kelsen, en su *Teoría del Derecho y del Estado*:

Un súbdito es políticamente libre en la medida en que su voluntad individual se encuentra en armonía con la colectiva expresada en el orden social. Esa armonía entre la voluntad colectiva y la individual solamente queda garantizada cuando el orden social es creado por los individuos sujetos al propio orden... La libertad política, esto es, bajo un orden social, es autodeterminación del individuo por participación en la creación del orden social... en el fondo autonomía.⁵⁵

De cualquier forma, nos encontramos al Estado Constitucional asentado, al decir de Häberle, sobre específicas premisas o principios:

- El principio de la soberanía popular (conquista cultural de la dignidad humana),
- Una constitución,
- El principio de la división de poderes,
- Los principios del estado de derecho, social y cultural
- La garantía de los derechos fundamentales, y
- La independencia de la jurisdicción, entre otros.⁵⁶

Estos principios generales nos permiten determinar que el orden constitucional tiende en primerísimo lugar a salvaguardar la dignidad humana y, los derechos y libertades fundamentales del hombre.

Estos acontecimientos no son poco importantes, si consideramos que las constituciones escritas adaptadas por los Estados libres de América, constituyen un fenómeno totalmente distinto de las conquistas fragmentarias del continente europeo. Los pueblos no imponen una constitución, sino que nacen de ella. Recordemos, que al menos en México, a partir de una colonia europea y al triunfo de la lucha de independencia, nacen al mismo tiempo un país independiente, una constitución y cada uno de los estados que esa misma constitución reconoce, esto es, un sistema federal que nace al mismo tiempo que los estados que lo forman.

Resulta muy importante, para nuestra investigación, en este punto, recordar que el proceso de búsqueda del nuevo paradigma, que considera al ser humano como ente capaz de crear su realidad, a la creación del derecho como arte, en el momento de creación de las instituciones jurídicas, y modificador o artesanal en el momento de adaptación o modificación del orden jurídico; se manifiesta claramente en este diseño constitucional, donde el nuevo mexicano,

⁵⁵ Kelsen, Hans. *Teoría del derecho y del estado*, UNAM, México 1988, p.338.

⁵⁶ Häberle, Op. Cit., p.21.

esta creando un sistema político jurídico que de ninguna manera corresponde a su realidad

Sin embargo, el nuevo paradigma constitucionalista, es nacionalista y todavía falta un teórico, auténticamente internacionalista, que busque un verdadero paradigma universal para los derechos fundamentales, compatible con un nuevo paradigma neo constitucionalista.

Esto, obviamente, requiere de una verdadera teoría sobre los derechos humanos, lo cual nos lleva necesariamente a buscar una metodología adecuada al momento en que vivimos y que se basa en la capacidad del ser humano para crear su realidad, mediante reglas o leyes de razonamiento lógico, que nos permiten comprender el mundo artificial que hemos creado. Cabe recordar aquí lo que nos dice el Maestro Jiménez:

...las palabras no tienen mayor significado por sí mismas, cada palabra fue creada para referir a un concepto y cada concepto fue creado para referir a un fenómeno. Salvo absolutamente escasas excepciones, las personas no inventan nombres para luego ver a que los ponen, sino que primero aprehenden un fenómeno mediante la representación estética, lo convencionalizan mediante la representación conceptual y finalmente lo significan con una palabra.⁵⁷

Y agrega que:

Considerar esto, nos lleva a la clara distinción entre definición y usos de las palabras; de modo que salvada la confusión entre estos dos términos podemos dejar atrás las objeciones superfluas de los autores contemporáneos que encuentran imposible, o por lo menos inútil, establecer las definiciones de los conceptos a que refieren sus estudios, precisamente porque se enfocan en los usos, correctos o incorrectos, que al día de hoy tengan esas palabras, pero se olvidan de que las mismas fueron creadas para referir a un concepto que fue concebido necesariamente como la representación concreta de un fenómeno.⁵⁸

En este momento resulta importante aclarar la diferencia teórica entre *ius* positivismo, constitucionalismo y neo constitucionalismo.

Para el positivismo, como ideología, el derecho es justo porque es positivo, es decir, por su forma de creación de la cual emana su obligatoriedad. En teoría, precisamente por su origen, la ley ordinaria está subordinada a la ley constitucional de manera formal, pero no substancial. Metodológicamente, el

⁵⁷ Jiménez Cuanalo, Jaime M. *Paradigma* (en edición, México, 2012) p.27.

⁵⁸ Id.

positivismo, erradica totalmente el concepto moral, la ley positiva no es obligatoria por su sentido moral, sino porque su proceso de creación lo vuelve positivo y con esto, se busca no la justicia, sino la seguridad jurídica, aún a costa de la propia justicia; aunque para el moderno o neo ius positivismo el derecho si es obligatorio por ser positivo, es decir, por su proceso de creación, se agrega un elemento nuevo, pues se dice que es en este proceso creativo, donde se encuentra la obligatoriedad de la reflexión moral, y que toda norma jurídica en su proceso de creación, supone un amplio debate por parte de los legisladores respecto de los valores que le dan fundamento.

En este contexto, los derechos fundamentales del hombre, se respetan únicamente porque así lo prescribe la norma jurídica y no se acepta la existencia de derechos fuera de los prescritos por la ley.

Para el constitucionalismo, la subordinación de la ley a la constitución no es solamente formal, sino substancial, ésta ha sido elaborada por el constituyente y por tanto está por encima de los poderes constituidos, se alude entonces, a un poder creativo originario, producto democrático de una larga lucha popular y como explica Haberle de un proceso histórico interno sincrónico y diacrónico y externo de influencia recíproca, motivo por el cual la creación de la ley debe respetar los principios contenidos en la constitución. Los derechos fundamentales del hombre se presentan aquí como conquistas de las luchas populares, establecidos como absolutamente obligatorios de manera literal.

Podemos hablar de una cristalización de la lucha por el reconocimiento de derechos, porque la constitución vuelve permanente este reconocimiento. Dentro de una constitución rígida y escrita, se espera que no haya lugar para el abuso de poder, lo que por otra parte está garantizado a través del juez constitucional, que tacha de nulidad todo acto contrario a la misma.

La rigidez de la constitución no permite su manipulación indiscriminada. Pero el juez constitucional la hace operante mediante su interpretación ya que como dijimos anteriormente la constitución representa el alma del pueblo, su

evolución cultural no solamente histórica sino de influencia recíproca con otras culturas.

Dentro de las nuevas teorías neo constitucionalistas, donde se establecen principios de justicia que validan todo el sistema de normas en el que están insertos y en los cuales debe fundamentarse cada juez que emite una resolución, ponderando la aplicación de normas al caso concreto, en función de los principios que las fundamentan, se trata de un proceso transformador en el que los derechos fundamentales adquieren un lugar preponderante dentro de los sistemas jurídicos, precisamente porque encarnan principios de justicia, que validan los documentos constitucionales

De cualquier forma considerada y dada la importancia que adquieren los derechos fundamentales dentro de los sistemas constitucionales, no podemos emprender la creación de nuevas teorías sobre estos derechos, mientras no se definan y delimiten los elementos básicos que las sustenten desde la perspectiva de un paradigma adecuado y vigente. Esto implica aplicar la definición de *«género próximo, diferencia específica»* a los conceptos de humano y derecho, a partir de los datos científicos o lingüísticos pertinentes.

Desafortunadamente, el paradigma para este siglo aún está en gestación, algunos autores lo están construyendo; un esfuerzo claro es el sistema procesal europeo con la enorme importancia de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y otro la reforma al artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 10 de junio de 2011 que sustituye el viejo concepto de otorgar garantías por el de reconocer derechos y los mecanismos para garantizarlos, de acuerdo no sólo a la constitución, sino al derecho internacional.

Lo anterior, representa un paso en el camino correcto para buscar un sistema procesal universal, que necesariamente se debe basar en un concepto universal de los derechos fundamentales; que nos lleve al mismo tiempo, a la interpretación no sólo de acuerdo al bloque constitucional, como lo llama Carbonell, ligado al derecho internacional, sino de acuerdo al principio *«pro*

personae y todavía más lejos; no sólo señala la obligación del estado mexicano de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, sino el efecto vinculante que genera obligaciones para todos los niveles de gobierno, reforma que irradia hacia diversos artículos constitucionales para llevar esta protección hacia los temas de la discriminación, la educación, la diplomacia, la obligación de los servidores públicos, la Comisión Nacional de Derechos Humanos e incluso a la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Como vemos, las teorías neo constitucionalistas, nos hablan de principios morales que validan el orden jurídico y que deben permear dicho orden jurídico, de manera que cuando el juez aplica la norma a un caso concreto, debe ponderar la aplicación de las normas en virtud del principio que la sustenta en razón del derecho que protege y por supuesto, en razón del mayor beneficio a la persona. Por todo lo anterior, reiteramos la necesidad de contar con una clara definición de conceptos.

En este breve recorrido por los momentos históricos y las diferentes teorías sobre los que son los derechos fundamentales, podemos concluir que:

En primer término, la idea misma de la existencia de normas basadas en la naturaleza humana y que por tanto les dé ese valor obligatorio para todos los hombres y para todos los tiempos, no ha perdido su vigencia y ha resistido el paso de la historia y en esa pervivencia está la mejor prueba de su existencia.

En segundo término, históricamente considerado, la lucha por el reconocimiento de los derechos fundamentales, es un factor de suma importancia dentro de la configuración política de los Estados; ha sido una lucha emprendida por clases sociales discriminadas para conseguir un trato de igualdad frente al poder político y el reconocimiento de sus derechos y libertades fundamentales y por este motivo ha sido un factor determinante en la transformación de las estructuras políticas y el desarrollo del Estado.

Tercero, se pueden analizar estos derechos desde muy diferentes ópticas, lo que nos ha dado las diferentes teorías del derecho, desarrolladas a lo largo de la historia, desde *el ius naturalismo* que considera que el hombre nace con estos

derechos, considerados inamovibles, provenientes de Dios o según algunos más, de su misma naturaleza; el positivismo que parte del concepto de norma fundamental para establecer derechos cuya obligatoriedad emana de la autoridad que los crea; más adelante, el constitucionalismo, que representa la cristalización de la lucha del individuo a través de los años y épocas, para lograr el pleno reconocimiento de sus derechos fundamentales ante los abusos de poder y la igualdad frente a sus congéneres, plasmados en una constitución rígida, sólo flexible a la interpretación del juez constitucional, hasta las nuevas teorías neo constitucionalistas, que buscan la interpretación más favorable a la persona; pero es innegable que el valor que se busca, es el establecimiento y la salvaguarda de esos derechos tan largamente buscados por los hombres y por los pueblos.

El nuevo paradigma para este siglo debe reconocer al ser humano en razón de los elementos que lo definen como tal, en un sentido antropológico social y en razón de que la conservación de esos elementos o características es lo primordial para su sobrevivencia como humano y, por ende, para conservar su dignidad, que es el 'bien jurídico' último a tutelar por todo sistema político-jurídico; por lo tanto, constituyen sus derechos y libertades esenciales, mismas por las que lucha y que constituyen los principios más valiosos depositados en la Constitución para crear normas o derechos fundamentales delineados según cada cultura y que se protegen a través de políticas públicas y mecanismos procesales que tienden a la unificación internacional.

Capítulo II: Los conceptos fundamentales.

La indefinición de principio de siglo, no sólo abarca la incertidumbre que como etapa histórica representa, sino principalmente, el camino que debe tomarse a nivel internacional para continuar con la lucha que históricamente ha acompañado al ser humano para ver reconocidos sus derechos y sus libertades fundamentales; en primer lugar en su propio Estado y más adelante, a nivel universal. Es una lucha que no ha terminado y que quizá nos acompañe siempre.

Por otra parte, y a pesar de que todos parecen confluír hacia ciertos derechos y libertades fundamentales que deben ser protegidos, no podemos evitar el casuismo a falta de un concepto universal sobre derechos humanos y libertades fundamentales.

Tal parece que, mientras algunas posturas radicales asumen que su propia concepción de derechos fundamentales es única, derivada de sus procesos culturales, inamovible, universalmente válida y, normalmente, derivando en la intolerancia, otras posturas se alargan casuísticamente *ad infinitum*, derivando en incertidumbre.

El problema radica en encontrar un referente universal válido a la conservación del ser humano como tal y que implica, por supuesto, un contexto social; pues de otra forma no tendría sentido hablar de “*respetar derechos*”, ¿cuáles? y ¿para qué?

No nos referimos a las diferentes culturas y a la forma en que cada una de ellas protege los derechos fundamentales y que naturalmente deriva de su propio contexto socio cultural en una definida trayectoria histórica, ni a la forma como el contexto internacional trata o debe tratar de unificar las normas procesales de protección para lograr una mayor unificación de las medidas de protección y con ello lograr la protección del individuo sin migración.

Nos estamos refiriendo específicamente a la identificación, delimitación y universalización del concepto que como ya mencionamos anteriormente, aparece confuso, entremezclado e indefinido; constituyendo un problema grave, en el

marco de cualquiera de las principales aproximaciones metodológicas al conocimiento.

2.1 Panorama actual (la confusión de conceptos)

Desde los inicios del derecho internacional de protección a los derechos humanos y libertades fundamentales del hombre, en el seno mismo de las conferencias de la Organización de las Naciones Unidas ONU, fue evidente la dificultad de llegar a un consenso sobre la definición de derechos humanos, su concepto y aún los derechos susceptibles de integrar esa protección internacional. Paul Gordon Laurent, Historiador de Derechos Humanos de la Universidad de Montana, hace una referencia vía electrónica en *“60 años de la Declaración de Derechos Humanos, 1948-2008”* en donde nos dice que: *“Las Naciones Unidas habían encomendado a la Comisión de Derechos Humanos la casi imposible tarea de definir el significado de la expresión “derechos humanos”*⁵⁹.

Y si bien en aquellos momentos pareció más importante lograr los consensos de la mayoría de los países integrantes, a partir de la elaboración de listas para ser ratificadas y de esa forma lograr una primera declaración; a partir de entonces, los conceptos se han multiplicado indiscriminadamente, se habla de derechos de primera generación, segunda generación, derechos emergentes, etc.; y se deja la puerta abierta para un número indeterminado *-ad infinitum-* de derechos y generaciones y por lo tanto también de interpretaciones.

Francisco Laporta hace una muy atinada reflexión sobre la *«abundancia»* y *«ligereza»* con que se aumenta cada vez más el catálogo de derechos humanos, haciendo referencia al contenido de derechos sociales, económicos, a las nuevas generaciones de derechos, y nos dice:

...cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como, exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente.⁶⁰

⁵⁹Gordon Laurent, Paul, *60 años de la Declaración de los Derechos Humanos 1948-2008*, Dpto., de Edo. Estados Unidos, vol. 13, No.11, nov. 2008, [consultado el 22/08/11], <http://photos.state.gov/libraries/amgov/30145/publications-spanish/EJ-rights-1108sp.pdf>.

⁶⁰Laporta, Francisco J., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa* 4 (1987) p. 23.

Pero existen principios de derecho natural que pueden dar lugar a derechos fuera del marco normativo, fuera del correlato derecho-obligación más extremo, pues claro que tenemos una obligación moral de permitir que los demás ejerzan ese derecho y como dice Laporta, *“no se requiere, para que un sistema tenga naturaleza normativa, que todos sus enunciados tengan esa naturaleza”*. Se trata del derecho a conservar lo que nos determina como verdaderamente humanos, no por consenso sino por naturaleza. En este mismo sentido, Laporta nos habla de los derechos como de algo que *“está antes que las acciones, pretensiones o exigencias, antes que los poderes normativos, antes que las libertades normativas y antes que las inmunidades de status”*. Para él, los derechos no son componentes privativos de los sistemas jurídicos y están antes que las normas jurídicas como *“vehículos de protección”*. Una de sus citas, para mí más importantes es:

Hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad de que estamos hablando.⁶¹

Las dificultades asoman tanto en el hecho mismo de la necesidad de toda disciplina de contar con la definición y alcance de sus conceptos básicos o fundamentales, como en la de delimitar el objeto de estudio esclareciendo el contenido, significación y alcance de sus conceptos.

Así nos encontramos con una cita de Carlos Montemayor Romo de Vivar, señalando a Moskowitz, Mc Dougal, Lasswell y Chen, para Moskowitz, dice:

Los derechos humanos internacionales siguen esperando al teórico que sistematice los pensamientos y especulaciones sobre la materia y defina las metas deseables (...) Todavía nadie ha podido reunir en una verdadera síntesis los hechos e ideas que emergen diariamente de los eventos de gran complejidad y realizar un auténtico debate.⁶²

⁶¹ Ibid., pp.23 a 46.

⁶² Montemayor Romo de Vivar, Carlos. *La unificación conceptual de los derechos humanos*, Porrúa, México 2002, p.49.

A través de la exposición de estas ideas se pone de manifiesto, la falta de paradigma unificador a nivel internacional, que resulte del examen deontológico de los conceptos de *estado de derecho* y *orden jurídico*, en relación con una definición científica de ser humano, basada como ya mencionamos antes, en la estructura lógica clásica de *«género próximo, diferencia específica»*; pero, los avances de la ciencia actual y las lecciones de la historia del siglo XX lo hacen posible ahora y sobre todo si logramos llegar a una teoría emanada del mismo que defina y delimite los conceptos básicos y se evitara con esto la dificultad de referencia de todos los conceptos e instituciones emergentes. Por lo menos, este como muchos autores, reconocen la emergencia constante de ideas, metas, derechos a considerar con múltiples denominaciones y la carencia completa de una verdadera metodología científica.

Y agrega nuestro citado autor:

Mc Dougal, Lasswell y Chen señalan que una de las situaciones más importantes que afectan a la comunidad internacional para el cumplimiento que otorgue seguridad a la protección de los derechos humanos puede ser descrita como una simple confusión intelectual.⁶³

La confusión está en todas partes y a todos los niveles, las interrogantes se multiplican, así encontramos referencias como en Franz Matscher, en su *Raport Introductif, (Introducción)* para quien el asunto es bastante complejo:

¿Existe una concepción común, universalmente admitida de los derechos fundamentales o de los derechos del hombre? Titubeo en dar una respuesta afirmativa incondicional a esta cuestión. La situación es bastante más compleja⁶⁴.

Joaquín García Morrillo por su parte, nos refiere en su Volumen I del *Manual de Derecho Constitucional*, que la doctrina, la jurisprudencia y el texto constitucional, -refiriéndose a la Constitución Española- usan expresiones distintas, "*derechos y libertades*", "*libertades públicas*", "*derechos humanos*", "*derechos del hombre*", "*principios rectores*", y resume:

⁶³ Id.

⁶⁴ Matscher, Loc. Cit.

En resumen, sólo los derechos reconocidos en los arts.14 a 29 de la CE pueden calificarse en sentido estricto de derechos fundamentales, aunque esta terminología se aplique, en ocasiones, también, a todo el Capítulo Segundo e, incluso, de forma técnicamente incorrecta, a todo el Título Primero.⁶⁵

Estos artículos, del 14 al 29, los llama de protección excepcional para distinguirlos de los derechos ciudadanos de protección ordinaria y de los principios rectores de la política social y económica. Este autor nos hace una llamada de atención respecto a los textos constitucionales mismos, que protegen los derechos fundamentales, pero lo hacen a través de una multiplicidad de conceptos, propiciando la confusión.

Pablo Pérez Tremps, también hace referencia a la diversidad de expresiones dentro de los textos constitucionales y en la misma obra nos dice:

...Pero, incluso centrándose en éstos, su regulación constitucional no deja de plantear incógnitas. La primera radica en determinar qué hay que entender por «derechos fundamentales». El problema surge porque la doctrina, la jurisprudencia y el propio texto constitucional, en ocasiones, usan expresiones distintas a la de «derechos fundamentales» para referirse a esos derechos que la Constitución considera como básicos. Así, en algunos pasajes de la Norma Fundamental se habla de «derechos y libertades», en otros de «libertades públicas»...«derechos humanos» o al de «derechos del hombre».⁶⁶

Es obvio que no existe un solo criterio en consenso para definir los derechos fundamentales o humanos y tampoco un concepto único aceptado; sin embargo, toda disciplina para tener un desarrollo metodológicamente correcto, ha de comenzar, señalamos reiteradamente, por definir y delimitar su objeto de estudio, en este caso la definición y concepto de derechos humanos, así como esclarecer la terminología utilizada dentro de los distintos planos o enfoques específicos respecto de los cuales puede utilizarse. Y aquí si hay un solo criterio científicamente aceptable, que parte de la identificación del fenómeno mediante un análisis de arqueología lingüística, la obtención de los datos sobre ese fenómeno

⁶⁵ García Morriilo, Joaquín. *Derecho Constitucional, Volumen I, El ordenamiento constitucional. Derechos y Deberes de los ciudadanos*, TIRANT LO BLANCH, Valencia ⁸2010, p.417.

⁶⁶ Pérez Tremps, Pablo, *Derecho Constitucional, Volumen I, El ordenamiento constitucional. Derechos y Deberes de los ciudadanos*, lección 6, TIRANT LO BLANCH, Valencia 2010, p.120.

mediante la observación experimental, sistemática y verificable y, finalmente, la integración de esos datos en un modelo de definición por género próximo y diferencia específica. De esta manera, se obtiene el único concepto científicamente aceptable para derechos fundamentales o humanos, que será válido de manera contingente al estado de la ciencia en cada momento histórico.

La gran paradoja consiste en hablar de un derecho internacional universal de los derechos humanos, mientras los hacemos descansar en las normatividades constitucionales locales que, a todas luces, representan la cultura nacional en su aspecto más individualizado, ya que representan la lucha, logros, historia y, en fin, el alma de cada pueblo. Y más aún, se hace descansar en el criterio político de cada gobierno en particular.

Para Miguel Carbonell, los derechos fundamentales son “*derechos humanos constitucionalizados*”; pero nuevamente confunde el continente con el contenido – los principios y las teorías sobre dichos principios- cuando define los derechos humanos como:

...conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.⁶⁷

Repetimos que la historia es de las ideas, doctrinas o aceptación de las mismas, no de los principios del derecho natural, ni de los derechos humanos en sí.

Luigi Ferrajoli, nos habla del Derecho como sistema de garantías y de “*una crisis profunda y creciente del derecho*” y nos da una definición formal de derechos fundamentales:

...son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un

⁶⁷ Carbonell, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, México 2009, p.9.

sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas⁶⁸.

Estamos de acuerdo en cuanto a que hoy en día estamos dentro de una crisis profunda y creciente del Derecho, pero en cuanto a su definición de derechos fundamentales, refuerza nuestra idea de confusión, ya que si considera a los derechos fundamentales ligados a un sistema normativo, no puede hablar de universalidad que presupone distintos órdenes normativos y resulta confundir derechos fundamentales, considerados como los contenidos en un orden normativo específico, con derechos humanos, como pertenecientes al género humano, sin excepción, por lo que tiene que recurrir a estipular que tendría que constar en un sistema normativo cualquiera o que incluso existen sistemas normativos que no los contienen. Incluso equipara los paradigmas culturales diversos con un paradigma universal mundial, cosa que no sucede hoy en día; por otra parte cae en el difundido error de confundir o por lo menos mezclar los derechos fundamentales con las políticas públicas que pretenden coadyuvar y, en ocasiones, obligarse a cumplir esos derechos; con lo que una persona que, por ejemplo, no logre su acceso a la educación, podría en determinado momento demandar formalmente a la administración pública tanto el acceso como la reparación del daño.

No se trata de confundir las políticas públicas con los derechos positivos generales que para Ernesto Garzón Valdés⁶⁹ deben complementar a los derechos negativos generales para salvaguardar la protección de los derechos fundamentales ya que las políticas públicas no representan exigencias normativas que a su vez, constituyan derechos subjetivos, cuyo cumplimiento o reparación pueda demandarse a las instituciones gubernamentales, mientras que los segundos si forman obligaciones normativas cuyo incumplimiento puede ser sancionado.

⁶⁸ Ferrajoli, Luis. *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid 2002, p.15.

⁶⁹ Garzón Valdés, Ernesto. "Los deberes positivos generales y su fundamentación", en *Doxa* 3 (1986), pp., 17-33.

El problema emerge cuando queremos englobar dentro del término de políticas públicas, todo lo referente a lo que llamamos derechos sociales, que en realidad son el fundamento último de todo sistema de gobierno, su justificación, su tarea primordial y que por lo tanto no puede estar sujeta a la disponibilidad de recursos remanentes, sino que deben ser el núcleo principal de todo presupuesto público.

Por último, habla de un constitucionalismo internacional, cuando, al menos hoy en día el papel del derecho internacional es solamente vigilar que cada Estado cumpla con su propio sistema normativo en cuanto a protección de derechos humanos y estamos muy lejos de llegar a una confederación mundial con un único sistema normativo. Quizá sea la conclusión en el futuro si pensamos con Habermas en la influencia internacional sobre los Estados constitucionales, pero hoy en día, sólo podemos hablar de tratados internacionales que debieran encaminarse a incluir medidas procesales comunes cada cual en su propio sistema normativo, respecto a los derechos fundamentales y su garantía. Todo esto mientras tanto se va gestando un sistema procesal internacional que Ferrajoli piensa puede llegar a ser un Constitucionalismo mundial.

Por otra parte, la situación actual, en todos los países y en todos los acuerdos internacionales, en materia de derechos, parece girar en torno a la prioridad de estos derechos humanos o fundamentales. No hay gobierno o foro internacional, en el que no haga descansar la legitimidad política o jurídica, en el respeto a estos derechos, sin mencionar que son la referencia cotidiana de organismos no gubernamentales, jefes de gobiernos, luchas populares y medios de comunicación.

Con las ideas anteriormente expuestas, queda sobradamente probada la situación actual, donde no existe una concepción común que sea universalmente admitida, que los conceptos y los enfoques son múltiples y fácilmente pueden causar confusión intelectual; al mismo tiempo que, al no tener una base sólida de contenido, concepto y enfoque, se pueden prestar a la manipulación política, como de hecho sucede, transformando el poder en derecho, pero donde también son los derechos humanos, la referencia obligada de cada día.

En este caso, al no existir una conciencia clara y objetiva de lo que los derechos humanos son, en lugar de constituir una fuente permanente de autoridad, se debilitan ante la indefinición e incertidumbre. Pérez Luño hace referencia como categoría descriptiva positivada, García Morrillo como elementos estructurales del Estado de derecho, y Miguel Carbonell como garantías de protección o intereses más importantes de las personas; etc.

Antonio E. Pérez Luño, tiene una opinión realmente esclarecedora a este respecto, cuando nos habla de una doble confluencia, primero entre la tradición iusnaturalista y la positivación del movimiento constitucionalista y por otra parte entre las exigencias individuales y las sociales. Así que considera a los derechos fundamentales como: *“la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales en los textos constitucionales del Estado de Derecho”*.⁷⁰ Sin embargo encontramos cierta confusión, en cuanto su universalidad no permite reducirlos a aquellos que son exigidos en una etapa histórica determinada, por más que de su universalidad, se exija sólo una parte en cierto momento y así nos dice que los derechos humanos son:

...conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.⁷¹

En este sentido y para poder hablar de un orden jurídico internacional bien definido en cuanto a derechos fundamentales del ser humano se refiere, resulta muy necesario, distinguir entre: las opiniones o teorías sujetas al momento histórico y al paradigma dominante, y el contenido de dichas opiniones o teorías, que normalmente no son lo mismo, pues como dice John Finnis: *“Existe una historia de dichas teorías, doctrinas o recopilaciones, cuyo contenido temático no tiene historia”*.⁷²

⁷⁰ Pérez Luño. Op. Cit., p.39.

⁷¹ Ibid., p. 42.

⁷² Finnis, John. *Natural law & natural rights*, OXFORD University Press, New York 2011, p.24.

Esta aseveración, resulta por demás importante en el contexto de las opiniones que hemos venido vertiendo en el cuerpo del presente trabajo, ya que en este caso, los derechos humanos considerados como principios de derecho natural, forman el contenido temático y por tanto, son independientes de la historia de las opiniones o teorías al respecto. Tenemos una historia de opiniones y recopilaciones ad infinitum, pero los derechos humanos como contenido temático, como dice Finnis, no tiene historia, se trata de un concepto universal ligado a la esencia misma de la persona y que ha nacido al mismo tiempo que el propio ser humano.

Hoy en día se confunden los derechos con su garantía, con la obligación del Estado de proteger el libre desarrollo de los mismos, se confunden con las políticas públicas, etc., pero se olvidan de que: Partiendo del sujeto de dichos derechos, éstos se definen en función de su ser como humano y su derecho de supervivencia como tal, como ser racional, social por naturaleza y por naturaleza también con un código de conducta moral; los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales y todos los demás derechos que para su realización se desprenden son culturales, históricos, motivo de una larga lucha por su reconocimiento y protección, llegando a considerarse fundamentales una vez inscritos en la norma fundamental y siendo todos ellos susceptibles de definición.

No cabe duda, que la confusión de conceptos, o si se prefiere, la multiplicación indiscriminada de los mismos, es una referencia que puede encontrarse fácilmente, en cuanto se adentra el lector en la bibliografía existente. Cada autor tiene su propia definición, hace referencia a conceptos completamente diferentes, el contexto, las bases y el sustento teórico se multiplican ad infinitum, la cultura particular e incluso la política de gobierno define por momentos el significado que cada uno le da.

Este es, de manera general, nuestro panorama actual, respecto a los derechos humanos o fundamentales, una invocación cotidiana, que descansa sobre una terrible confusión de conceptos, necesitada de un enfoque unificador y que se encuentra en espera de la construcción de una teoría científica y un concepto universal, una definición y un concepto que permitan los verdaderos

acuerdos internacionales, sin necesidad de violentar los ordenamientos jurídicos de los Estados, pero dando verdadera protección a las personas, sin fronteras.

2.2 Necesidad de un nuevo enfoque unificador

En estricta lógica jurídica, si no queremos caer en una estéril polémica, si pretendemos argumentar y no yuxtaponer opiniones desordenadas e indefinidas, tanto en materia como en número, debemos emplear argumentos cuya identidad, conmensurabilidad y oportunidad ha sido satisfecha.

En este orden de ideas no podemos elaborar teorías sobre los derechos fundamentales o humanos y, mucho menos, un orden jurídico normativo de los derechos humanos, si no actuamos de una forma metodológicamente correcta. Y en este sentido, el método científico es el mejor método disponible a la fecha para efectos de construir modelos universalmente válidos, con la ventaja de ser susceptible de auto-actualización. Con la aplicación del método científico podemos actualizar y mejorar constantemente nuestro modelo teórico, sin caer en la mera guerra de opiniones.

La paradoja que nos menciona Laporta es vista por partida doble por Janne Haaland Matlary, Profesora en la Universidad de Oslo, ex Secretaria de Estado y Consejera del Consejo Pontificio. Ella también encuentra que es una urgente necesidad entrar en el caso de definir los derechos humanos, antes que pasar a construir y justificar teorías; una de dichas paradojas se refiere a la condicionante europea para prestar su ayuda y cooperación a otros países, siempre que cumplan con el respeto a los derechos humanos, mientras se niegan a esclarecer objetivamente su significado y la otra, cuando se pretende fortalecerlos mientras, dice: *“se les debilita como fuente de autoridad a medida que se pierde la creencia de que pueden definirse de forma clara y objetiva”*.⁷³

Y nos relata que el mismo Juan Pablo II, en su discurso sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos, dirigiéndose al cuerpo diplomático acreditado en la Santa Sede, el 9 de enero de 1989, en el párrafo 7, menciona

⁷³ Haaland Matlary, Op. Cit., p.26.

que: “El documento, no presenta los cimientos antropológicos y éticos de los derechos humanos que proclama”.⁷⁴

Si pensamos a futuro en un orden jurídico internacional construido sobre el respeto a los derechos humanos, es indispensable unificar, esclarecer y definir sus conceptos fundamentales. La meta-teorización o replanteamiento de los conceptos básicos sobre los que se estructura una materia, en este campo, resulta realmente indispensable, sobre todo para gestar un orden jurídico internacional, universalmente válido. Esta necesidad se refleja en la preocupación de muchos notables autores, que ven el problema ligado al abuso de poder como Mary Ann Glendon de la *Harvard Law School* y *President’s Bioethics Council*. Cuyos argumentos resultan irrefutables:

¿Cómo pueden los derechos humanos ser un modelo estándar universal en un clima político donde prevalece el relativismo? Si los derechos humanos no pueden defenderse sobre una base filosófica sólida, entonces se deja la puerta abierta para la manipulación y la deconstrucción que no tienen fin... Y el poder se convierte en un derecho.

A medida que se proclaman y proponen nuevos derechos, el catálogo de las libertades individuales se extiende sin demasiada consideración hacia los límites a los que están orientados, hacia la relación con los demás, hacia sus propias responsabilidades o hacia el bienestar general. Estos dos procesos están interconectados y son síntoma de una profunda crisis en la política europea: la crisis de una irracionalidad y un relativismo aún mayores.⁷⁵

Estos argumentos se repiten en autores como Eduardo García Máynez, de la Universidad Nacional Autónoma de México, quien hablando del principio de razón suficiente en cuanto al fundamento suficiente de verdad de todo juicio enunciativo y de validez suficiente de toda norma, referido al contenido y a la fuente de las normas, nos dice respecto a los pensadores iusnaturalistas:

Mientras sus opositores discuten, sin ponerse de acuerdo, cuál es la naturaleza en que tiene su asiento el verdadero derecho, los detentadores del poder formulan los preceptos rectores de la convivencia humana y crean, para asegurar su eficacia, el monopolio de la coacción.⁷⁶

⁷⁴ Ibid., p.23.

⁷⁵ Glendon, Mary Ann, *Rights talk: The impoverishment of political discourse*, The Free Press, New York 1991, p. XI.

⁷⁶ Garcia Máynez, Ibid., p.39.

Para Bryant Garth. *Dean and Professor of Law, Indiana University School of Law*, los procesalistas no se encuentran cómodos con fundamentar un proceso sobre la base de una lista consensuada que por todo lo demás pudiera ser convenientemente práctica.

Opina que, antes de elaborar cualquier aproximación, el término debe ser definido. Los derechos fundamentales, dice, generalmente son referidos a listas encontradas en documentos como El «*Bill of Rights*» de los Estados Unidos, La Carta Canadiense de Derechos y Libertades y desde la perspectiva individual, parecería ser preferible simplemente enlistar los derechos fundamentales y preguntar cómo y de qué manera son protegidos en la vida diaria. Pero, agrega que: “*Esta es una perspectiva práctica incómoda para un procesalista*”.⁷⁷

Rafael Navarro Vals, de la Universidad Complutense de Madrid/Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, nos dice muy atinadamente:

Existe un proceso de debilitación de los derechos humanos como fuente de autoridad, paralelo al de su aparente reforzamiento en cuanto punto de referencia obligado en todos los proyectos políticos de uno y otro signo. La clave de esta erosión radica en el escepticismo jurídico o político que renuncia a definirlos de forma clara y objetiva.⁷⁸

Creemos que con la opinión de los autores mencionados queda sobradamente probada la necesidad de recurrir a la meta-teorización de los derechos fundamentales o humanos, esto es, definir y delimitar los conceptos básicos como única forma de iniciar la construcción de verdaderas teorías sobre los derechos humanos; si se aspira a proyectar a futuro a la luz del moderno paradigma de un Estado de derecho sustentado en su pleno respeto, una teoría de nivel internacional.

Queda claro en mi particular opinión que para llegar a un ordenamiento jurídico internacional, desde el paradigma del Estado de derecho basado en el respeto a los derechos fundamentales del hombre, debemos partir de la definición y delimitación o alcance de su objeto de estudio y de sus conceptos básicos, para

⁷⁷ Garth, Bryant, *Report on Common Law Countries International Congress on Procedural Law*, Bologna, 1988, p. 161.

⁷⁸ Haaland Matlary, *Op. Cit.*, p. 14.

crear una teoría que parta desde la diferenciación misma de los principios del derecho natural, derechos humanos, derechos fundamentales, medios de garantía, políticas públicas, paradigma que los define, presupuestos de orden nacional y presupuestos del derecho internacional, hasta un concepto universal de los derechos fundamentales o derechos humanos.

En este apartado, se ha puesto de manifiesto, la urgente necesidad, de evitar polémicas estériles, de yuxtaponer opiniones de manera desordenada e indefinida, del debilitamiento a que nos conduce la multiplicación irracional de derechos declarados y todo esto, puede encontrar solución, si el método científico encuentra un nuevo enfoque unificador.

2.3 La definición

Ya mencionamos anteriormente que nos parecía de vital importancia seguir las líneas generales del meta análisis o meta teorización de Ritzer, especialmente en cuanto a “*Mo*”, como el análisis de las diversas perspectivas que sostienen todo un cuerpo de conocimiento, o generación de una nueva perspectiva global. En este sentido nos hemos referido al paradigma a partir del cual ha de enfocarse un estudio de las teorías sobre derechos humanos. Toca ahora, en este mismo contexto, señalar la necesidad de definir, delimitar y diferenciar los conceptos básicos en que se asienta la teoría de los Derechos Humanos.

Partir de una definición es algo de central importancia para toda ciencia, que se precie de serlo, así lo mencionan autores como Francisco Laporta, “...*me parece necesario reabrir una indagación conceptual suficientemente rigurosa*”.⁷⁹ Para Alain Rey, “*Definition occupies a central place in all sciences and is a fundamental tool in logic, philosophy of ideas and semantics*”⁸⁰ (la definición ocupa un lugar preponderante en todas las ciencias y es una herramienta fundamental para la lógica, filosofía y semántica de las ideas) y para Heinrich Rickert, en su “*Teoría de la Definición*”:

⁷⁹ Laporta, Loc. Cit.

⁸⁰ Rey, Alain. *Essays on Definition*, en Juan C. Sager Editor, Jhon Benjamin Publishing Company, 2000, Preface Viii, 16 de junio de 2011, [tr. del ponente].

La razón por la que es menester prestar particular atención a la definición y llegar a una doctrina generalmente reconocida acerca de ella, está en conexión con una tendencia, que cada vez tiene mayor vigencia en los trabajos modernos... si observamos las ideas metodológicas que desarrollaron las distintas ciencias particulares al comienzo de sus investigaciones especiales o en el curso de ellas. La definición desempeña a menudo un gran papel en esas ciencias... Ahora bien, quienquiera haya trabajado científicamente alguna vez sabe que ambos esfuerzos – la búsqueda de la verdad (como brevemente podemos decir) y su formulación verbal para comunicarla a los demás – fallan a menudo su meta. La definición constituye para la metodología el medio de realizar un fin científico.⁸¹

Por otra parte, un problema del conocimiento se considera agotado, provisionalmente, una vez que se ha formulado y demostrado un modelo teórico que enuncia, describe, analiza y explica el fenómeno en cuestión; en tanto no surjan evidencias en contrario o un modelo que explique el mismo fenómeno con mayor parsimonia, de acuerdo con el principio de la navaja de Ocam (Principio metodológico para el que la explicación más sencilla, es usualmente la correcta). Por lo mismo, en tanto el problema del conocimiento en torno a nuestro objeto de estudio no se encuentre agotado en los términos arriba señalados, seguirá siendo un objeto de estudio válido para el presente trabajo, de otro modo, nos veríamos forzados a cambiarlo por otro.

Existe una gran cantidad de opiniones acerca de lo que la definición es; sobre ello aluden autores como Heinrich Rickert, que elabora una amplia disertación sobre la definición.

Rickert nota un creciente interés metodológico en la definición, dentro del análisis científico actual y especialmente dentro de la lógica formal. Para él es de suma importancia la definición dentro de la metodología como medio para realizar un fin científico, única forma de realizar las tareas que la ciencia plantea.

García Máñez plantea el problema de “*la definición de la definición*”, sus clases y su utilidad al referirnos los 18 puntos que sobre ella analiza Richard Robinson. Y dentro de las definiciones que analizan, válidas cada una de ellas para uno o varios autores, tanto de las que hacen referencia a los objetos, a los

⁸¹ Rickert, Heinrich, *Teoría de la Definición*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, México 1960, pp.18, 19.

conceptos, como las que hacen referencia a los símbolos, nos menciona las siguientes:

...real, nominal, extensiva, ostensiva, analítica, sintética, ecuacional descriptiva, operacional, genética, «in usu», denotativa, connotativa, implícita, coordinante, persuasiva, sucesiva, y por descripción.⁸²

Siguiendo a García Máynes, podemos hacer un análisis de algunos de los diferentes tipos de definiciones, al menos de aquellas que nos han parecido más acertadas o convenientes a esta investigación.

Es importante hacer referencia a la definición como determinación de la esencia de un objeto, recordando a Aristóteles, en cuanto a las determinaciones esenciales que pueden ser esencia o propiedad y en cuanto a que el género, o es su definición en caso de indicar su esencia o es su propiedad. En este sentido la definición no puede ser arbitraria y corresponde a la esencia —de un ser, no de un concepto—. Esto es primordialmente importante porque nuestra investigación parte del ser humano y sus elementos esenciales, mismos que las nuevas teorías de las neurociencias han determinado como tales.

Máynez, haciendo referencia a Kant, nos indica que en el caso de las definiciones tanto analíticas como sintéticas, *“la finalidad del procedimiento definitorio no estriba en dar cuenta de la esencia de una cosa, sino en señalar de manera adecuada y completa el contenido de un concepto”*⁸³; o sea que de lo que se trata no es de definir precisamente al objeto, sino su concepto. En este caso, también hablamos del contenido del concepto de ser humano, para determinar sus derechos esenciales a la supervivencia como tal.

El autor en comento, también nos refiere a la definición como indicación del sentido en que un signo es o ha sido empleado y dice, refiriéndose a Robinson: *“La definición léxica es, en cierto modo, historia, puesto que indica la forma en que ciertos hombres han entendido una palabra en un lugar y una época determinados”*.⁸⁴ Ciertamente en este sentido cabe admitir el término derechos

⁸² García Máynes, Eduardo, *Análisis crítico de algunas teorías sobre el concepto de definición*. Diánoia, vol. 4, no. 4, México, UNAM, 1958, p.45.

⁸³ Ibid., p.48.

⁸⁴ Ibid, p. 49.

humanos, ya que fue el que se le dio a partir de la Convención de Naciones Unidas y de la Declaración de 1948. Por esta razón, la terminología apropiada puede ser derechos humanos o fundamentales, aunque de cualquier manera en que se considere, hace falta referenciar el contenido exacto de tal concepto, pues no basta con crear un nuevo término, es necesario aclarar su sentido, es decir, la forma en que debe ser utilizado. Y lo más importante de todo, ya que nos referimos a derechos, es indispensable aclarar su sentido normativo.

Para Whitehead:

Los animales superiores han obtenido una facultad de gran poder, por medio de la cual pueden definir con alguna exactitud aquellos rasgos distantes del mundo inmediato por los cuales se determinarán sus vidas futuras... este hábito de simbolismo juega un importante papel en el avance de la cohesión, el progreso y la disolución de las sociedades humanas.⁸⁵

Para Sir. Bertrand Russell, la definición es: *“la declaración de que cierto nuevo símbolo introducido significa lo mismo que cierta combinación de símbolos previos cuyo significado es conocido”*.⁸⁶

Para Aristóteles definir es *“dar cuenta de la esencia de una cosa”*.⁸⁷

La verdad es que la mayoría de los diferentes autores, dan sus definiciones de definición, sin entrar a la discusión o a la confrontación, sino dando por sentado la validez de las mismas.

Sin entrar todavía a intentar una definición adecuada sobre derechos humanos, si podemos afirmar, que la definición es un paso importante que debe ser clarificado, de inicio, si queremos cuestionarnos de manera lógica, todo lo relativo al hombre y sus derechos fundamentales, esto es, su definición, su contenido, su operatividad normativa, etc., ya que sobre este concepto, se construye el edificio de las teorías sobre los derechos humanos o fundamentales,

⁸⁵ Whitehead, Alfred North. *El simbolismo, su significado y efecto*, cuaderno 27, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México 1969, p.49.

⁸⁶ Russell, Sir. Bertrand. *Principia Matemática*, Escritos básicos I. Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo, Origen/Planeta, México 1985, p.10.

⁸⁷ Aristóteles. *Tópicos I, parte 5*, [consultado el 11-07-2013], <http://broguidodavid.wordpress.com/2007/04/15/aristoteles-topicos/>.

especialmente en un sentido teleológico de comunicación, esencial a la investigación científica.

Estamos seguros de que si deseamos establecer una teoría científica sobre los derechos humanos, el principal instrumento, será una definición que busque una verdad, a través de una formulación verbal que comunique a todos, de manera universal lo que estos derechos son, que nos permita fijar el contenido de este concepto y a partir de este poder realizar las tareas encaminadas a fijar su protección normativa y no solamente a nivel de sistema jurídico, sino de manera internacional para brindar a los individuos verdadera protección a todos los niveles y a todas las distancias.

2.4 La necesidad de definir y delimitar con base antropológica social

Mencionamos con antelación que resulta fácil y peligroso caer en generalizaciones y dogmas en base a una comprensión superficial de los avances de la ciencia, ya que la pérdida de resolución informática ha creado una realidad alterna en todos los campos y, por supuesto, en lo que respecta a los derechos humanos, toda vez que la gran cantidad de trabajos escritos sobre los derechos humanos que hacen hincapié en numerosos derechos emergentes y la forma de garantizar cada uno de ellos da como resultado un universo de estudio amplísimo, donde la diversa forma de aproximación a todos ellos contribuye a la pérdida de resolución que hace necesario replantear, a la luz de un nuevo paradigma, la estructura subyacente a partir de sus conceptos básicos como una forma de consolidar la generación de nuevas teorías; pues como bien dice el Dr. Javier Díaz Revorio: *“...cada uno de los temas a que se hace alusión, podría ser motivo de varias tesis o de amplios trabajos monográficos”*⁸⁸ y también nos llama la atención sobre los retos que enfrenta la ciencia jurídica frente a los fenómenos sociales

⁸⁸ Díaz Revorio, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997, p.17.

*emergentes, en su obra “Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos”.*⁸⁹

Resulta de gran importancia situarse dentro de los nuevos paradigmas ante los fenómenos sociales emergentes, para evitar la crisis relativista de que nos hablan Glendon y Matlary. No queremos decir que no haya estudios copiosos y de validez inobjetable que han realizado estudiosos de la materia por demás reconocidos, que tratan de manera amplia y profunda los temas que nos ocupan, pero me atrae de manera muy especial, replantear la estructura sobre la que a partir de la definición de conceptos básicos se pueda elaborar una teoría nacional e internacional para un nuevo orden jurídico en el siglo XXI, a partir de la lucha por el reconocimiento de los derechos humanos y su protección.

De aquí la necesidad de situarnos dentro de un nuevo paradigma que dé cohesión a los derechos humanos dentro de los fenómenos sociales actuales que nace de la necesidad vital de situarse dentro de una perspectiva que mantenga unida a la sociedad, ya que una sociedad que no comparte significados tiende a desintegrarse pues como dice el maestro Jaime M. Jiménez, “Toda teoría general descansa sobre algún paradigma o modelo de la realidad”, y, como en nuestro caso, pretendemos hablar de derechos humanos universales, *“Del paradigma universal dependen no solamente las respuestas que una sociedad encuentra aceptables, sino aun las preguntas, por lo que el paradigma universal subyace a absolutamente toda la cultura de una sociedad”.*⁹⁰

Dentro de este contexto, y tomando en cuenta las características propias del ser humano, es necesario integrar algunos avances relevantes en el campo de la antropología, neurociencias, sociología, teoría del conocimiento y derechos humanos, de forma que constituyan una base teórica suficiente, para fundamentar la futura elaboración de conceptos y más tarde la teoría en comento.

Charles Darwin, es quien inicia el estudio antropológico sobre la base de la evolución de las especies, y aunque sus ideas han sido con mucho rebasadas, fue

⁸⁹ Díaz Revorio, Francisco Javier. *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

⁹⁰ Jiménez. Entrevista, Loc.Cit.

quien centró en África el origen del hombre y revolucionó el pensamiento europeo de la segunda mitad del siglo XIX, con su obra “*El origen de las especies*”⁹¹.

Desde entonces hasta hoy, ha sido referente obligado en el largo camino hacia la explicación de ¿cuándo surge el primer ser humano?, ¿qué lo define?, ¿qué elementos constituyen su ser esencial?

Un primer análisis de algunos de los antropólogos reconocidos por la comunidad científica, nos lleva a los antropólogos Dart, A. Raymond y Dennis Craig. A partir de su hallazgo del *niño de Taungs*, como pariente antepasado del *pithecanthropus*, lo hace bajo la inscripción de “*África, cuna de la humanidad*”, y con esto inicia en 1924, el conocimiento del registro fósil humano en África y nos refiere como el profesor T. Adloff, de Alemania: “*no tenía la duda más ligera en excluir el Australopithecus de los antropoides y declararlo un auténtico homínido*”.

Para responder a nuestras preguntas, dice Dart:

...ha sido posible obtener datos científicos y responder a esas profundas interrogantes con más precisión que pudieron hacerlo nuestros antepasados. Pero las respuestas de hoy, por muy al día o proféticas que resulten, sólo pueden considerarse provisionales, comparadas con el detallado conocimiento que se irá acumulando a medida que los hombres de ciencia del mundo sigan luchando por ellas aquí y en el espacio durante el siglo que tenemos ante nosotros.⁹²

Y así fue en efecto, hoy en día los avances de la ciencia nos han llevado incluso a trazar el mapa genético de la humanidad. Robert Broom, paleontólogo escocés que apuntala el origen africano del hombre, Peter Rodman y Henry Mc.Henry, que teorizan sobre el bipedismo como elemento esencial de su desarrollo, y otros muchos, nos llevan a confluir más o menos en la síntesis que plantea Richard Leakey, en relación a que, independientemente de las diferentes teorías sobre el momento y la forma en que aparece el hombre moderno — producto de alguna de las ramas de la radiación evolutiva que permitió el paso de los homínidos al *homo erectus*, dentro del periodo que comprende entre 7

⁹¹ Darwin, Charles. *El origen del hombre*, Caronte Ensayos, La Plata Terramar, Argentina, 2010.

⁹² Dart, A. Raymond y Dennis Craig. *Aventuras con el eslabón perdido*, [trad. Florentino M.Torner], FCE, México, 1966, pp. 361,362

millones y 200,000 años antes de Cristo, y más tarde al *homo sapiens* — éste, aparece tan sólo hace unos 35,000 años. Leaky dice:

...cuando el cambio se produjo fue deslumbrante. A diferencia de eras anteriores, en las que domina el estancamiento, ahora la esencia de la cultura es la innovación, pudiendo medir el cambio en milenios en vez de en cientos de milenios. Conocida como la Revolución del Paleolítico Superior, esta señal arqueológica colectiva es una prueba inconfundible de la mente humana moderna en funcionamiento⁹³.

En este punto, añade un hecho que marca la clave de lo que en realidad es la aparición del hombre moderno, pues refiere lo que él cree una paradoja, una ruptura entre el vínculo anatómico y el comportamiento tecnológico o cultural, pero la realidad que se le escapa, es que la evolución biológica tuvo otro componente(salto cuántico), que fue lo que dio paso al verdadero humano, y que no fue así con otras ramas que teniendo las mismas posibilidades biológicas, no lograron esta última adaptación evolutiva que los convirtió en humanos.

Michael S. Gazzaniga,⁹⁴ tiene una especial relevancia dentro de nuestro trabajo, ya que nos muestra dentro de las investigaciones científicas actuales, lo que nos caracteriza realmente como humanos, únicos, en detalle y paso a paso; reúne dentro de su obra las opiniones de los más destacados biólogos evolucionistas, genetistas, neurocientíficos y estudiosos del comportamiento humano y resulta suficientemente esclarecedor y una opinión autorizada.

Su análisis se basa en dos vertientes, el análisis biológico evolutivo y el análisis de la evolución del comportamiento social.

Lo cierto es, que la aparición de la conciencia humana, revolucionó por completo la historia de la vida en nuestro planeta. No fue sólo el bipedismo, como punto de partida que genera cambios morfológicos en el uso de las manos, lo que permiten el desarrollo de una fina coordinación motora, ni la unificación de laringe y faringe, que hacen posible un infinito número de sonidos, a través de un sistema más extenso de neuronas espejo para llegar al lenguaje, sino la estructura misma

⁹³ Leakey, Richard, *El Origen de la Humanidad*, versión castellana de Victoria La Porta, Debate, Madrid 2000, p.130.

⁹⁴ Gazzaniga, Michael S. *Human*, First Harper Perennial Edition, New York 2009, pp. 17-37.

del cerebro que magistralmente nos describe Gazzaniga, haciendo hincapié en las estructuras, procesos y capacidades únicas del ser humano. Nos lleva de la mano este autor magistral a través de los descubrimientos más recientes sobre las áreas únicas del cerebro humano, la evolución genética, las interconexiones cerebrales, las teorías inferenciales de la mente de David Premack y Guy Woodruff en 1978. Y todo esto, para explicar cómo el desarrollo evolutivo neuronal permite “*el comportamiento altamente social y emocionalmente más complejo*”⁹⁵ del ser humanos, pero que al mismo tiempo permite controlar las respuestas instintiva y emocionales a los estímulos externos, es decir, los procesos automáticos de respuesta emotiva que pueden involucrar sentido de reciprocidad, recompensa o castigo y esto, el juicio moral del comportamiento racional, es lo que nos hace perfectamente humanos.

El maestro Jiménez, nos lleva al momento exacto de la evolución del género homo, en homo sapiens moderno, ese maravilloso momento del cambio evolutivo, hace alrededor de 35,000 años, cuando después de un prolongado periodo de estancamiento, posterior al último avance evolutivo del *homo erectus*, registrado por los antropólogos como el inicio de un período sorprendente, no sólo de transición, sino de rápido y constante avance, a partir del hallazgo deslumbrante de una producción artesanal y artística. Y el momento mágico en que todo esto ocurre lo describe magistralmente Jaime M. Jiménez;

...el hombre dice, en este momento es capaz de tomar parte de la realidad informática que lo circunda y representarla, a partir de esta representación inicia la construcción de su realidad, se hace posible la comunicación y surge la cultura, así como su propia construcción personal, quedando separados para siempre de las demás ramas de la radiación adaptativa que teniendo o no mayores posibilidades, no lograron dar ese salto evolutivo y perecieron⁹⁶.

Este cambio maravilloso que lleva consigo la toma de conciencia inicia un desarrollo abrumador, el de nuestra civilización.

⁹⁵ Gazzaniga, Id.

⁹⁶ Jiménez C., Jaime M. *Función social del arte 07*, [consultado el 09/03/2013], <http://www.youtube.com/watch?v=Bt6IX5PKxJY>

David Hume y Emmanuel Kant, ya nos hablaban del origen neurobiológico del comportamiento moral. Así que, nos encontramos con un ser humano poseedor de una mente racional, analítica y un sistema de respuesta emocional donde se manifiesta su más valiosa cualidad, la función representativa interpretativa que permite los juicios de valor y el control de sus acciones. Su libertad como voluntad de elección.

Esto es, en última instancia, lo que define al hombre, lo que da origen a las reglas del comportamiento social, al Estado de derecho, y en última o primerísima instancia a su dignidad, entendida ésta como la sobrevivencia y la conservación de lo que le caracteriza y le permite seguir considerándose humano; esto es: su vida con integridad físico mental , su alta socialización, su capacidad de crear y compartir cultura y su plena capacidad de elección conforme a principios y valores o como diría Gazzaniga *“el juicio moral del comportamiento racional”*.

A partir de las opiniones antes expuestas, pueden inferirse aproximaciones sobre lo que el ser humano es, y las características que lo determinan, precisamente como humano, y cuya conservación determina o representa su dignidad y a partir de estas características, también la base de los derechos humanos. Derecho a conservar estas características como especie y en lo individual: la supervivencia o la vida con integridad físico mental, capacidad de socialización extendida (sin fronteras), creación y transmisión de cultura y libertad de elección con arreglo a principios y valores. Punto de partida para la elaboración de una definición y una delimitación del concepto.

Parece no haber gran discusión respecto a que los derechos humanos, son derechos fundamentales y en este sentido deben ser llevados o reconocidos por el orden constitucional, solamente faltaría una voz lo suficientemente autorizada para dar unidad y depurar los términos utilizados dentro de la misma. Lo que sí parece bastante más confuso, como dijimos anteriormente, es la diferencia con la garantía constitucional de protección de los derechos fundamentales y especialmente de los derechos sociales, considerados como meras políticas públicas, que no constituye derechos exigibles u oponibles a la autoridad, sino meras políticas de gobierno como líneas de acción deseables para un mayor

bienestar social y que en realidad dentro de las nuevas teorías se definen como derechos fundamentales. Los derechos humanos, como principios, deben permear todo el orden constitucional, considerados no solamente silogísticamente, sino racionalmente ponderados por los actores jurisdiccionales para la interpretación y aplicación de las normas que delimitan y protegen los derechos humanos, y todo ello a la luz de grandes imperativos como el principio *«pro personae»*, y como dice el Maestro Miguel de J. Neria Govea, restando primacía al enfoque del discurso sistemático/normativo del Derecho, para que conviva con el justificativo/valorativo y el explicativo/social.⁹⁷

Resumiendo, podemos decir que existe una enorme confusión en cuanto a la manera de nombrar a los derechos fundamentales y que esta confusión, hace cada vez más difícil su protección, razón por la cual una gran cantidad de autores reconocen la ingente necesidad de lograr un enfoque unificador, para lo cual el instrumento más adecuado resulta ser la definición, en cualquier forma de aproximación metodológica.

Podemos agregar que lo más adecuado, resulta hablar de derechos humanos, en sentido prescriptivo o derechos fundamentales en su sentido esencial.

Pero lo más importante que podemos resumir, es que no sólo es necesario, sino indispensable no perder de vista que la esencia del ser humano es definitivamente antropológica y social, que por lo tanto, sería inaceptable no definirlo en estos términos, que es en estos términos que el derecho debe buscar su protección y que esta protección debe estar encausada en proteger la sobrevivencia de la especie y a cada ser humano, con todo aquello que su dignidad requiere.

Debe ser esta tarea, el objetivo primordial de un sistema jurídico, de un sistema de gobierno y de la actividad política de todos los tiempos.

Esta es entonces, la verdadera razón de ser de una teoría sobre los derechos humanos, una teoría que esté científicamente fundamentada, siguiendo

⁹⁷ Neria Govea, Miguel de J., Lacavex y M. Lucero, Aprox. al perfil ideal del docente en derecho a través del análisis de la evolución del paradigma jurídico mexicano, *Letras Jurídicas* 26, (2012), p. 7.

una metodología impecable, porque estamos hablando de que su resultado, significa fundamentar a la luz de las actuales teorías constitucionales el núcleo esencial de todo sistema jurídico, un núcleo de principios que pueda permear al sistema normativo en general y que en última instancia, será la base de la ponderación que los jurisconsultos hagan para aplicar las normas jurídicas a cada caso concreto.

Es indispensable, devolver al ser humano la integridad de su dignidad (de todos y cada uno de los elementos que la integran) y el reconocimiento de su capacidad de elegir libremente conforme a principios y valores, poseedor de un comportamiento racional y en estos términos llegar a un sistema jurídico que lo proteja.

Es por este motivo resumidamente expuesto, que la mejor manera de iniciar este proceso de creación de una teoría sobre los derechos humanos, es mediante una definición y una delimitación de conceptos, que tome en cuenta los últimos avances de las neuro ciencias, las ciencias antropológicas y las ciencias sociales.

Capítulo III: Derechos, orden jurídico y perspectivas

En el nuevo continente, al menos, el liderazgo de los Estados Unidos de Norte América está fallando lamentablemente y no sólo porque en su ámbito interno convierte la ética profesional y académica en negocio, manipula conceptos como *terrorismo*, para iniciar guerras que dejan miles de víctimas inocentes con fines no muy claros; sino que marca una pauta equivocada en cuanto parece ignorar, que es la cooperación y no la competencia, la base sobre la cual debiera enfrentar los grandes desafíos de la globalización; su responsabilidad como líder mundial, que toma decisiones que afectan a los países miembros de la comunidad internacional, debiera ser el bienestar de todos y no su *ley patriota* que viola impunemente los derechos humanos y las libertades fundamentales, con artilugios como la base naval de la bahía de Guantánamo. Como dice Soros: *“El resto del mundo no tiene voto en el Congreso, pero es en Washington donde se decide el destino del mundo”*,⁹⁸ al menos en muchos de los casos.

En este sentido parece ser, y así lo esperamos, que Europa sea un nuevo y mejor ejemplo de liderazgo, a partir de El Convenio de Roma y sus Protocolos, especialmente el No.11 y la Carta de Turín, —a pesar de conservar el antecedente de soberanía de los Estados— que parece enderezar el rumbo, pues en su preámbulo, pone a la persona *en el centro de su actuación*. Y marcha a la vanguardia, en la búsqueda de instituciones autónomas y procedimientos que, cada vez, se acercan más a la jurisdicción procesal, como lo demuestra el Protocolo 11, confiriendo fuerza obligatoria u ejecución a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así, el Preámbulo de la Carta de los Derechos Humanos de la Unión Europea y el Protocolo 11 establecen:

Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, **sitúa a la persona en el centro de su actuación.**

Artículo 46

⁹⁸ Cf. Soros, George. *Tiempos inciertos. Democracia, libertad y derechos humanos en el siglo XXI*, DEBATE, México 2007, pp.87-147.

Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias

1 Las Altas partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.

2 La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.⁹⁹

Comparto el optimismo que alentaba tanto al Dr. Cappelletti, después de la firma de los Pactos Internacionales de 1966 y 1976:

Pero si a nivel universal la justicia de las libertades permanece del todo embrional, ni se ven desgraciadamente inmediatas perspectivas de desarrollos substanciales... La Convención Europea... no es solamente fuente de Derecho Internacional –y, en cuanto tal, jurídicamente vinculante para los Estados miembros–, sino la mayoría de tales Estados le reconoce también el carácter de fuente inmediata de Derecho interno, y en cuanto tal, directa y automáticamente vinculante también para los ciudadanos y las cortes de aquellos Estados.¹⁰⁰

Tanto como comparto las ideas del Doctor Francisco Javier Díaz Revorio de la Universidad de Castilla-La Mancha, en su trabajo sobre *“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*.

En este principio de siglo, como bien dice el Dr. Francisco Javier Díaz Revorio:

...las grandes declaraciones sobre los derechos humanos y libertades fundamentales sólo se pueden considerar como Principios Generales del Derecho Internacional... y si ...el proceso de globalización parece imparable, y avanza muy rápidamente en los terrenos económico, social, científico y tecnológico... La organización política y el Derecho van muy por detrás de esos fenómenos...

Pero considera, muy acertadamente en mi opinión, que la Unión Europea va en el camino correcto dentro de un avance continuo:

...El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha supuesto un hito fundamental en la evolución del reconocimiento y garantía internacional de los derechos humanos... El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, junto con la Corte Interamericana el mecanismo más avanzado que hoy existe en el mundo con esta finalidad.” Y agrega que: “...debería conducir a la instauración de

⁹⁹ Carta de los derechos humanos de la Unión Europea y el Protocolo 11, *Preámbulo*, [recuperado el 16/6/2010], http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf; [recuperado el 16/6/2010], http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf Art.46.

¹⁰⁰ Cappelletti, *La justicia constitucional*, Op. Cit., p. 238.

mecanismos jurídicos e institucionales de garantía, que actuasen en el plano universal.¹⁰¹

Hoy, aún se dibuja un panorama dentro del cual, cada Estado manipula políticamente el mapa de derechos y libertades más acorde con sus políticas públicas, para dirigir o reprimir a los actores sociales; pero ¿acaso podemos esperar una solución con el solo traslado de la “*Rechtsstaatproblematik*” (problemática del estado de derecho)¹⁰² a nivel internacional? Por supuesto que no; hemos de volver la vista hacia el estudio sistemático de la estructura subyacente y a los conceptos básicos de la teoría sobre los derechos y libertades fundamentales del hombre, ya que ésta, es la única forma de lograr una comprensión más profunda de la teoría existente, y al mismo tiempo, es nuestra única fuente de perspectivas hacia un nuevo orden jurídico internacional, ligado a los derechos humanos y las libertades fundamentales del hombre.

3.1 Los derechos fundamentales y el orden jurídico

En el decurso de mis lecturas, sobre historia de los sistemas políticos y de gobierno, mi formación jurídica me hizo notar un patrón: La aparente relación entre la lucha de los individuos y los grupos sociales, por conquistar y afirmar sus derechos frente a las estructuras de poder, y la fisonomía de estas mismas estructuras. Al parecer, este patrón sociológico de oposición de fuerzas, crea una estructura de tipo jurídico, que redefine la manera en que entendemos el concepto de legitimidad del poder político. Mis primeras aproximaciones a este fenómeno, me arrojaron diversos autores y obras que han descrito, analizado y explicado este fenómeno, Rousseau, Raymond G. Gettell, Edgar Bodenheimer, J.P.Mayer, J. Habbermas, Max Webber, Raúl Sanz Burgos, por citar algunos. Particularmente, en cuanto a la fuente de legitimidad aducida por cada uno de estos sistemas políticos y a los límites que cada uno de ellos reconoció frente a los derechos de

¹⁰¹ Díaz Revorio, *Curso doctoral*, Loc.Cit.

¹⁰² [Tr. del ponente].

sus gobernados. Hemos visto, revisando antologías sobre el estado de derecho, como la coordinada por Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez,¹⁰³ que en su gran diversidad, los sistemas políticos claramente oscilan en torno a los diversos grados de reconocimiento, que el gobernante hace a los derechos de los individuos o los grupos sociales frente a su propio poder. Han sido muy diversos, los grupos sociales que han hecho reivindicaciones frente al poder público, sus movimientos por tanto, han sido de diversa naturaleza, y sin embargo, pueden identificarse por un criterio unificado: En todos los casos, se trata de la oposición de intereses, entre quienes están sujetos a las disposiciones del poder público y su ejercicio de la fuerza y quienes detentan ese poder. De forma clara, estos movimientos sociales tienen una correlación con el fenómeno jurídico, toda vez que son la fuente que define el sistema con el cual se rige una sociedad, era de esperarse, entonces, que exista dentro del ámbito del estudio del Derecho, una descripción, análisis y explicación de este fenómeno.

Una gran cantidad de autores, como Laporta y Peter Häberle, avalan la idea del paradigma constitucionalista, para el cual, el Estado de derecho nace de la reivindicación de los derechos humanos o no puede existir al margen del respeto por ellos, plasmados en una constitución como límite a los mismos. Este paradigma corre paralelo a los más recientes avances del Derecho Internacional, en torno a la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Acorde a lo anterior, en el nuevo paradigma, que surge a principios de este siglo, para modificar el paradigma constitucionalista; los derechos humanos no son – como en el anterior paradigma materialista – los que puedo obtener (no sólo los derechos fundamentales). El nuevo paradigma que va surgiendo del fracaso del materialismo, de los avances de la ciencia (antropología, neurociencias, etc.) y, en particular, del desarrollo de la Arsología y de la Semiótica, es un paradigma que asume que el mundo en que vivimos no se basa como dice Jaime M. Jiménez:

¹⁰³ Carbonell, Miguel, W. Orozco y R. Vázquez (Coordinadores). *Estado de Derecho*, Antología, Siglo XXI, México 2002.

...en el punto de vista individual, sino en el colectivo del sujeto-observador definido por el concepto de especie humana; esto es, que ese mundo es definido colectivamente por nosotros como especie humana.¹⁰⁴

Para Pablo Pérez Tremps, los derechos fundamentales son un elemento estructural del Estado de derecho, de manera que, difícilmente pueden concebirse ambos como realidades separadas:

... sólo allí donde se reconocen y garantizan los derechos fundamentales existe Estado de derecho y sólo donde está establecido el Estado de derecho puede hablarse de auténtica efectividad de los derechos fundamentales.¹⁰⁵

Para Joseph Raz: *“El Estado de derecho es un ideal político del que un sistema jurídico puede carecer o bien poseer en un mayor o menor grado...significa que la gente debe obedecer el derecho y regirse por él”*.¹⁰⁶

En América Latina y especialmente en México, efectivamente el estado de derecho es un ideal político, que dista mucho de la realidad cotidiana, ya que como dice Ernesto Garzón Valdés:

... hay que tomar las constituciones en serio... Las constituciones han jugado una función casi “metafísico” propio de una ideología siempre disponible y siempre descartable según las exigencias del momento... Se la invoca en momentos de crisis procurando borrar la diferencia entre los valores declarados y el comportamiento real sin que por ello sus principios tengan alguna relevancia práctica. Y cuando se considera que no conviene reiterar la invocación de un mismo texto, se reforma la Constitución como expresión de una fuerte voluntad política aparentemente dispuesta a modificar la realidad.¹⁰⁷

Para Jaime M. Jiménez,

El análisis factual de los límites semiológicos del argumento jurídico arroja luz sobre la naturaleza del Estado de Derecho mismo, como una condición social que existe entre dos extremos: de un lado, se encuentra la tiranía, del otro la anarquía y, en medio, el Estado de Derecho. **Si el argumento jurídico consiste precisamente en decir lo que ‘debe’ o ‘no debe’ hacerse conforme a las**

¹⁰⁴ Jiménez. *Arsología*, Op. Cit, p. 20 a 24.

¹⁰⁵ Pérez Tremps, Pablo, *Derecho constitucional*, vol. I, Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2010 p. 119.

¹⁰⁶ Raz, Joseph. *Estado de Derecho, Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, El estado de derecho y su virtud, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Siglo XXI, UNAM, México 2002, p. 15.

¹⁰⁷ Garzón Valdés, Ernesto, *Estado de derecho. Concepto, fundameantos y democratización en América Latina*, Estado de derecho y democracia en América Latina, Siglo XXI editores, México 2002, p. 228.

leyes vigentes, es evidente que carece de todo sentido cuando se le plantea a un tirano. Esto porque el tirano, por su propia condición, reinventa las leyes a su antojo para acomodarlas a cada caso o, incluso, a su estado de ánimo. Otro tanto podemos decir de la turba que desea linchar a una persona y que puede, a su antojo, ejercer la violencia con o sin justificación jurídica y, en este último caso, sin importar la corrección, legitimidad, etcétera, de los fundamentos jurídicos esgrimidos. Es solamente dentro del Estado de Derecho, tan lejos de las masas violentas y anárquicas como de los tiranos, donde cobra sentido.¹⁰⁸

Me queda claro de la entrevista arriba mencionada, que ya no concebimos al mundo como una colección de cosas que podemos o queremos adquirir y cuya existencia es independiente de nosotros, como si no hubiéramos participado en su creación; sino como una colección de significados, que ciertamente reflejan una porción subjetivamente definida del universo, pero que finalmente, son lo que construimos, producen efectos sobre nosotros, sobre nuestra vida y no se basan en el punto de vista individual, sino colectivo, del concepto de especie humana.

Los efectos de este nuevo paradigma sobre el pensamiento jurídico, tendrán que ser sustanciales; para empezar, porque presuponen dotar a los conceptos de justicia, derechos humanos y otros muchos más, de una base objetiva de validez universal; mientras que por otra parte, conceptos sociológico-jurídicos como los de nación, soberanía, etcétera, se verán también profundamente afectados por este nuevo paradigma, que sustituirá el concepto de soberanía nacional por el de supervivencia de la especie, como fuente de todo derecho y de toda legitimidad jurídica. Este concepto solamente puede desarrollarse dentro del término de Democracia; en este sentido para Pérez Tremps, los derechos fundamentales:

...son un elemento necesario e imprescindible de dicho sistema, de manera que no es posible hablar de democracia sin derechos fundamentales porque ambos conceptos se funden y presuponen recíprocamente.¹⁰⁹

Para Elías Díaz: *“El Estado de derecho es la institucionalización jurídico-política de la democracia. Con él se trata de convertir en legalidad el sistema de*

¹⁰⁸ Jiménez, *Entrevista*, Loc. Cit.

¹⁰⁹ Pérez Tremps, Pablo, *Derecho constitucional*, vol. I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010 p. 119.

valores que caracteriza a la legitimidad democrática”.¹¹⁰ Él propone un nuevo enfoque del paradigma político del Estado de derecho, ante la reducción neoliberal del Estado de bienestar y el imprescindible Estado social; sería un “Estado democrático de derecho” que cambie el “inabarcable e indiscriminado intervencionismo cuantitativo”, hacia un Estado de intervención mucho más “cualitativa y selectiva”, donde los movimientos civiles corporativos y sociales interactúen con las instituciones jurídico políticas. Esto mismo, es en parte, lo que decimos de los derechos humanos y de sus listas interminables, sólo que nosotros incluimos las prolijas generaciones de derechos.

Francisco Laporta, haciendo referencia a las ideas de Elías Díaz, acerca de que el imperio de la ley constituye la nota primaria y fundamental del Estado de derecho, nos describe este Estado de derecho, *rule of law*, como:

...un ideal ético-político que afirma que el ordenamiento jurídico debe vertebrarse en torno a un conjunto de normas generales, prospectivas, estables, claras y ciertas emitidas por una autoridad reconocida. Este núcleo duro del ordenamiento establece así un marco de convivencia basado en un contexto de decisión cuyos datos más importantes son conocidos y razonablemente firmes...

Subrayando que:

...las exigencias del imperio de la ley postulan que la decisión judicial sea una consecuencia lógica posible en un esquema deductivo presidido por las normas jurídicas antes... lo que nos llevaría a la tesis fuerte de que el principio del imperio de la ley exige que el núcleo de esa argumentación sea un razonamiento deductivo.¹¹¹

Este núcleo de normas generales, prospectivas, claras y ciertas, emitidas por una autoridad reconocida, sería el presupuesto indispensable para poder elaborar una teoría que realmente fuera universal o internacional de los derechos humanos.

¹¹⁰ Díaz, Elías, “Estado de derecho y legitimidad democrática”, en *Sistema* No./125 (1995), pp. 5 - 22.

¹¹¹ Laporta, Francisco, *Estado de Derecho, Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz, UNAM-ITAM Siglo XXI, México 2002, p. 106.

Para que haya un Estado de derecho eficaz en una sociedad, dice Robert Summers: *“los principios del Estado de derecho deben ser formales y estar debidamente expresados en el derecho positivo”*.¹¹²

No es motivo del presente trabajo, realizar una correlación histórica directa y exhaustiva, entre las conquistas de los individuos y grupos sociales, de derechos que limitan el ejercicio del poder y la transformación del gobierno arbitrario, en estado de derecho; sino únicamente, evidenciar la existencia de este fenómeno que ha llegado a constituir un nuevo paradigma, al que los autores en el campo del derecho, asumen como parte de sus argumentaciones, en torno a las fuentes de legitimidad de los sistemas jurídicos. Esta relación, no es sólo cuantitativa, sino también cualitativa; de modo que, la forma en que se ejerce el poder y no solamente la cantidad de poder ejercido por el gobierno, está definida, por los derechos conquistados por los ciudadanos, no solamente referidos a cuántos derechos, sino por cuáles o qué tipo de derechos.

Este nuevo paradigma, evidencia al Estado de derecho, como el límite semiológico del argumento jurídico; a la condición humana, como fuente natural de los derechos fundamentales del hombre, y como límite al derecho convencional; esto requiere de una definición científica de los derechos fundamentales, como fuente de legitimidad del sistema político.

El nuevo paradigma, en razón del cual debemos analizar los conceptos referentes a los derechos fundamentales o humanos, es el paradigma a partir del cual, para que exista un Estado de derecho, es preciso que el orden jurídico, se mantenga dentro del plano del estricto respeto a estos derechos. Pero también, como ya mencionamos, la necesidad que refiere Laporta, de *“vertebrarse en torno a un conjunto de normas generales, prospectivas, estables, claras y ciertas emitidas por una autoridad reconocida”*.¹¹³

Pero sobre todo, respecto al nuevo paradigma que se gesta en este inicio de siglo, en un mundo caótico, lleno de indefiniciones, en espera de lograr esa

¹¹² Summers, Robert, *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, Los principios del Estado de derecho, UNAM-ITAM Siglo XXI Editores, México 2002 p. 59.

¹¹³ Laporta, *Estado de Derecho, Loc. Cit.*

visión de conjunto que nos indique cuál es la posición o ideología, desde la cual se enfocan todas las preguntas y todas las respuestas, para el desarrollo de la ciencia y la cultura en este siglo. Resulta indispensable para el orden jurídico, clarificar, delimitar y definir, el concepto y alcance de los derechos humanos, como elemento básico de un estado de derecho universal o internacional, así como su diferencia, con los principios y valores, derechos fundamentales, las garantías procesales a los mismos, y las políticas públicas.

Esto, me lleva al objetivo primordial de este trabajo, que pone de manifiesto la urgente necesidad de definir y clarificar conceptos, como única forma de crear una teoría, metodológicamente válida, que sustente con efectividad todos los esfuerzos existentes para crear un nuevo orden jurídico internacional. Al mismo tiempo que este esfuerzo, debe conllevar una nueva postura paradigmática, en torno a un ser humano que redefine su realidad y lucha por conservar la dignidad, que le dan sus atributos como especie, con una fuerte carga antropológica y dentro de una globalización en proceso de redefinición, que centra sus esfuerzos en el respeto a los derechos humanos como fuente del Estado de derecho.

3.2 Orden jurídico internacional

Si realizamos un breve acercamiento a la legislación existente dentro de diversos países, seguido de un somero análisis con respecto a cómo se entienden y cuál es el sistema de protección procesal que se asigna a los derechos humanos, en cada una de sus legislaciones, como un ejercicio de derecho comparado, tendremos una idea cercana a la realidad, en donde cada país tiene un sistema normativo diferente, pero no obstante, demuestra tener la misma grave preocupación por llegar a lograr un sistema procesal que permita garantizar plenamente la protección de los derechos fundamentales de sus gobernados, e incluso, el desarrollo de a nivel teórico y a intentar una política integral de protección.

Romanic European Law.

La siguiente exposición, pretende resumir y comentar, el trabajo de *“La Protection Juidictionelle des droits de l’homme au Niveau Interne”, (La protección judicial de los derechos del hombre a nivel interno)* del Dr. Louis Favoreu, Presidente honorario de la *“Université de Droit, d’ Economie y des Sciences d’ Aix-Marseille”*, refiriéndose a *“Les Droits Europeens Latins”, (Derechos Latinos Europeos)*¹¹⁴, presentado en el Congreso Internacional de Derecho Procesal, para el noveno centenario de la Universidad de Bolonia, de 1988 CIDP, entre los que engloba los derechos español, francés, italiano y portugués. Aunque nos dice, que si nos fijamos en los esfuerzos comunes de los países germánicos y latinos, bien podemos encontrar grandes similitudes, sin dejar de reconocer ciertas diferencias y en consecuencia, siguiendo a Rene David¹¹⁵ *“agruparlos en una sola familia de derechos romano germánicos”*.

Refiriéndose a los parámetros de protección de los derechos del hombre, se ocupa del Sujeto que los determina; de establecer contra quien se establece esta protección (históricamente contra la administración, pero después de la segunda guerra mundial, se acepta que también puede ser en contra del poder legislativo y en algunos países, en contra de los jueces), de manera general dice: *“individuos o grupos que atentan contra los derechos de otros individuos o grupos”*; y, de las normas o parámetros, como fuentes de derecho en materia de protección de los derechos y libertades fundamentales del hombres, entre las que menciona, las normas constitucionales y legislativas; incluyendo, así mismo, la jurisprudencia, nos destaca las grandes cuestiones pendientes de progreso: *“le véritable problème est celui de l’applicabilité des normes internationales et notamment, de celles contenues Dans les traités de sauvegarde des drots de l’homme et des libertés fondamentales”*.¹¹⁶ (El verdadero problemas, es la aplicación de las

¹¹⁴ Favoreu, Louis. *Les grands systèmes de droit contemporain*, Les droits Euopeens Latins, presentado en el CIDP, 1988, p.70 y ss. [trad. del ponente].

¹¹⁵ Rene David. *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 1982. p.234.

¹¹⁶ Favoreu, Loc. Cit.

normas internacionales y especialmente las contenidas en los tratados de salvaguarda de los derechos del hombre y sus libertades fundamentales).

Menciona Favoreu, que a partir de 1971, se han integrado en la Constitución Francesa, lo que llama "*le bloc de constitutionnalité*" o bloque de constitucionalidad, que ha dotado a Francia de una declaración de derechos, comparable a la de otros países, aunque las de España, Italia, y Portugal, son a este respecto mucho más desarrolladas y detalladas.

En referencia a las garantías procesales comenta, que las declaraciones modernas, a diferencia de las del fin del siglo XVIII, parecen reflejar una preocupación por insertar procedimientos, que aseguren la protección de los derechos, y en consecuencia, una falta de confianza en los legisladores, preocupación que es mayor en los países anglo-sajones. Nos dice que los países Latino Europeos, a excepción de Francia, comparten algunas disposiciones importantes en cuanto a garantías procesales, como:

El acceso a la justicia o protección judicial,¹¹⁷ le *droit au juge*, artículos 24 de la Constitución Española e Italiana y 20 de la Constitución Portuguesa; y de manera indirecta, la Constitución Francesa le reconoce dentro de su jurisprudencia. Se refiere a no tener el impedimento de la falta de medios económicos, en los artículos 129, 24 y 29, en España, Italia y Portugal, respectivamente; gozar de la jurisdicción natural, artículos 24 y 25 en las constituciones española e italiana; presentar defensa, artículo 24 en las constituciones española e italiana. Y de manera implícita se reconoce el derecho a proceso público.

Dentro de las garantías procesales en materia penal, muy abundantes, menciona la presunción de inocencia (artículos 24, 27 y 32); el derecho a la asistencia profesional (artículos 37, 32, 3) y la limitación de la detención preventiva (artículos 17, 2, 28), en las constituciones española, italiana y portuguesa,

¹¹⁷Constituciones del mundo [recuperado 16/06/10], www.juridicas.unam.mx/navjus/infjur/const/

respectivamente; sin dejar de anotar la mayor modernidad de la primera y la tercera.

En cuanto a protección de la libertad individual, es materia judicial en las cuatro constituciones comentadas. En las constituciones española y portuguesa, se prevé un procedimiento de *habeas corpus* (artículos 17 y 31).

La protección de los derechos fundamentales, puede darse frente a la jurisdicción ordinaria y ante la jurisdicción constitucional. En el primer caso, los tribunales judiciales: español, italiano y portugués, aplican directamente las normas constitucionales, mientras que los tribunales franceses, tienen la tendencia a aplicar preferentemente las normas internacionales.

En cuanto a la jurisdicción constitucional para la protección de los derechos fundamentales, menciona entre los mecanismos de protección: el control abstracto, el control concreto y el amparo. El primero como conjunto de procedimientos poco utilizados (como el control preventivo y control a posteriori en España y Portugal o solo preventivo en Francia), el segundo que funciona a partir de un caso concreto ante un juez de primera instancia, que alega inconstitucionalidad y que debe llegar al Tribunal Constitucional y el tercero, específicamente destinado a proteger los derechos fundamentales ante la jurisdicción constitucional, siendo el de mayor relevancia.

Por otra parte, son particularmente importantes, los artículos 10 y 11 de la Constitución de la República Italiana, de 27 de diciembre de 1947, en vigor desde el 1º de enero de 1948. Sus principios fundamentales son:

Art. 10. El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas. La situación jurídica de los extranjeros se regulará por la ley de conformidad a las normas y los tratados internacionales.

Todo extranjero al que se impida en su país el ejercicio efectivo de las libertades democráticas garantizadas por la Constitución italiana tendrá derecho de asilo en el territorio de la República, con arreglo a las condiciones establecidas por la ley. No se admitirá la extradición de extranjeros por delitos políticos.

Art. 11. Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos, y como medio de solución de las controversias internacionales; accede, en condiciones de igualdad con los demás Estados, a las limitaciones de

soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones y promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin”.

Y dentro de la Segunda parte del Ordenamiento de la República:

Título I: Del Parlamento.

Art. 80. Las Cámaras autorizarán mediante la ley la ratificación de los tratados internacionales que sean de naturaleza política o prevean arbitrajes o decisiones judiciales o lleven aparejadas modificaciones del territorio o gravámenes para hacienda o modificaciones de leyes.¹¹⁸

En cuanto a la Constitución de la República Francesa, de 4 de octubre de 1958, revisada a 2010.¹¹⁹

Art. 55. Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán una vez publicados, la misma autoridad que las leyes, siempre que cada acuerdo o tratado se aplique por la otra parte.

En cuanto a Portugal,¹²⁰ también se hace referencia a la autoridad de los tratados internacionales, en su Constitución de 25 de abril de 1976, revisado el 30 de octubre de 1982, 1 de junio de 1989, 5 de noviembre de 1992, 1997, 2001, para el tribunal penal de la Haya. También, en 2004, para las autonomías de Azores y Madeira, en tanto en 2005 para permitir el referéndum sobre la Unión Europea.

En el caso de España, el art.10.2 de la Constitución Española, proclama que:

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.¹²¹

Entre los tratados mencionados, se cuenta el Convenio de Roma, que ha de tomar en cuenta la interpretación del convenio, llevada a cabo por el Tribunal de Estrasburgo.

¹¹⁸ Id.

¹¹⁹ Id.

¹²⁰ Id.

¹²¹ Id.

Como podemos ver, la protección de los derechos y libertades fundamentales, se encuentra protegida ante la jurisdicción ordinaria y constitucional, incluso por la existencia de la figura equivalente del Ombudsman o defensor del pueblo, que no solo tiene la facultad de informar a las Cortes Generales, sino de introducir el recurso de amparo (artículos 54 y 24 de las constituciones española y portuguesa). En Francia existe el “proveedor de justicia”, aunque con menores atribuciones que el anteriormente mencionado defensor del pueblo. En Portugal el recurso de inconstitucionalidad por omisión se ejerce por el Presidente de la República o por el Proveedor de Justicia.

Germanic European Law

Helmut Steinberger, nos habla del sistema legal alemán de protección de los derechos humanos, que los reconoce y garantiza en varios niveles del orden legal, en su Reporte de la República Federal de Alemania, enviado desde Heidelberg en 1988 al Congreso Internacional de Derecho Procesal CIDP.

Estos niveles son: *statutory law* (§ 1 civil code), aplicable a la persona a partir de su nacimiento; *constitucional law*, ya sea federal o estatal que reconoce los derechos y libertades fundamentales en su art.1 sec.2 de la “*Basic Law*”, como “*inviolable and inalienable Rights*” y a los que se considera como “*as the basis of every community, of peace and of justice in the world*” (como base de la paz y la justicia de cada comunidad en el mundo)¹²² y, las reglas generales del derecho internacional público integradas al orden federal interno en virtud del art. 25 GG y que tienen preeminencia sobre el *statutory law*.

Considera el profesor Steingerger, que el reconocimiento y protección que se da a los derechos humanos, los hace formar parte del derecho objetivo y por tanto obligatorio para individuos y autoridades, así como para cada corte en la República Federal Alemana, en su esfera de competencia procesal, siendo que

¹²² Steinberger, Helmut. *Reporton the Federal Republica Germany*. Heidelberg 1988, [traducción del ponente].

durante la “*Weimar Constitution*”, o Constitución de Weimar, representaba meras admoniciones, en cambio, en la *Basic Law* de 23 de mayo de 1949 (Art.1 sec.3)¹²³ se transforman en obligatorias.

Por este motivo, la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, contenidos en los tratados internacionales, en virtud del art.25 de la *Basic Law*, toma precedencia y resulta obligatoria, no solo para el poder judicial, sino para el poder ejecutivo y legislativo.

Aclara también, que los tratados internacionales como el de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en virtud del art.59 sec.2 sent. 1, se incorporan al orden interno con el rango de ley estatutaria federal, que deben tomarse en cuenta las reglas de “ley especial deroga ley general y ley posterior deroga ley anterior”, tanto para la interpretación, como para la creación de la ley; esto último, a partir de la decisión de la Corte Federal Constitucional de 26 de marzo de 1987. Esto, independientemente de su adhesión a la Comunidad Europea, que en virtud del art.24 sec.1 de la Ley Básica, da prioridad a dichos tratados.

Menciona también, la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales, en el derecho interno y sus reglas procesales, como el derecho a la imparcialidad e independencia (art.97 B.L.) de las cortes, el libre acceso (asr.19 sec.4) a corte y protección efectiva (art.19 sec.4), tribunales legalmente establecidos (art.101 B.L.), igualdad procesal, derecho a defenderse y ser escuchado (art. 103 sec.1), derecho a un intérprete y a un proceso expedito (§ 839 sec.2 Civ.C.).

Menciona, por último, la protección de los derechos y libertades fundamentales que puede ser referida a: Las Cortes Constitucionales o La Corte de Justicia de la Comunidad Europea

La Corte Federal Constitucional, tiene jurisdicción limitada, decide sobre la violación de los derechos y libertades fundamentales de la ley básica, en cuyo caso, la aplicación es directa contra el acto u omisión; la querrela, es un medio de

¹²³ Constitución de Weimar, [recuperado el 16/06/10], http://www.mexiko.diplo.de/contentblob/2036938/Daten/375140/ddatei_ley_fundamental.pdf

defensa de los derechos fundamentales y no una acción popular, procede contra resoluciones definitivas y tiene el poder de revisión; así mismo, resuelve cuestiones de Constitucionalidad y recientemente ha desarrollado la doctrina de la subsidiariedad de la queja.

Cuando la Corte Federal Constitucional declara la incompatibilidad de una ley contra la Ley Básica u otras leyes federales, su decisión obliga a todas las Cortes y Autoridades.

Como podemos observar, la protección de los derechos y libertades fundamentales es como en la mayoría de los países, considerada de particular y superior relevancia; existe un sistema procesal, que garantiza el ejercicio de estos derechos, tanto a los nacionales como a los extranjeros y la justicia internacional, se considera preeminente sobre la legislación local, mediante la incorporación del derecho internacional al derecho nacional, a través del derecho constitucional.

En este caso, como en los antes analizados, es notoria la aceptación unánime a nivel de política exterior.

Common Law

Referiremos algunas cuestiones importantes sobre el *common law*, tomadas de Bryant Garth, Dean, Professor of Law en Indiana University School of Law en Bloomington en su “Report on Common Law Countries” enviado al CIDP en septiembre de 1988.¹²⁴

En principio, se refiere a los países cuyo sistema legal deriva del Inglés y que conforman democracias desarrolladas occidentales: Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido y Estados Unidos.

Llama la atención, que si a primera vista, la distinción del *common law* parece radicar en forjar el derecho casuísticamente, más cerca de los hechos particulares que de los principios generales, existen características relevantes que lo identifican: Una se refiere, a que los jueces forman una elite de abogados

¹²⁴ Gart, Bryant. *Reporto on Common Law Countries*. International Congress on Procedural Law for the ninth Century of the University of Bologna, Bologna, 1988, p153 y ss.

relevantes en la práctica profesional, lo que permite la separación entre el derecho y la política, en número reducido y razonables ingresos, no sólo por ser expertos en el manejo de la ley, sino también por sus conexiones políticas y su currículum; esto permite esperar de ellos, asertividad en la interpretación de la ley, incluso cuando existen implicaciones políticas; otra se refiere, a que siempre ha existido una división atenuada entre derecho público y derecho privado y por último, menciona que el método desarrollado sobre precedentes, es fácilmente adaptable a la protección judicial de los derechos humanos.

Aunque hace mención de que entre Francia e Inglaterra existe similitud por su tradición de Supremacía Parlamentaria, por otra parte, la obligatoriedad en las cortes del *Bill of Rights* en Estados Unidos le une a otros países, en este sentido, como Alemania, Italia y Japón; encuentra razones para agruparlos bajo el rubro de países de *common law*, ya que tienen una experiencia compartida, a través del lenguaje y a partir de una relativa expansión del rol judicial, en la protección de los derechos humanos, lo que concuerda razonablemente bien, con ciertas características tradicionales del *common law*.

Menciona el Dr. Garth, que la posición de Inglaterra y otros países del *Commonwealth*, es la de que en caso de conflicto, el estatuto prevalece contra el tratado, como principio de Derecho Constitucional. En cambio, la posición de los Estados Unidos, pone a los tratados por sobre el derecho del Estado y en igualdad a la legislación federal; por no existir ley superior a los tratados, estos derechos son judicialmente obligatorios.

De esta forma, piensa que la supremacía Parlamentaria (la mejor garantía de los derechos de los individuos), está siendo atacada por los países que siguen a los Estados Unidos, respecto a la necesidad, de un *Bill of Rights* y la revisión judicial, afectando los procedimientos ante la corte y las decisiones judiciales.

Existe un verdadero interés en la protección de los derechos humanos en todos estos países, pero el Dr. Garth encuentra que: Con respecto a Australia, la dimensión internacional ha transformado al Poder Legislativo del *Commonwealth*, que busca la manera de esquivar la obligatoriedad judicial del *Bill of Rights* y la

corte, busca mantener su poder al exterior, después de la firma de la convención y los convenios.

“The Australian Constitution”, de julio 1900, establece en su “Preámbulo”:

5. Esta Ley, y todas las leyes introducidas por el Parlamento de la Comunidad en virtud de la Constitución, serán vinculantes para los tribunales, jueces y personas de todo Estado y de cada parte de la Comunidad, a pesar de cualquier cosa en las leyes de cualquier Estado, y la leyes del Estado Libre estará en vigor en todos los buques británicos, de la reina exceptuados los buques de guerra, cuyo primer puerto de despacho y cuyo puerto de destino están en el *Commonwealth*.¹²⁵

Nueva Zelanda, por su parte, parece llevar su derecho interno hacia los estándares internacionales, invalidando legislación inconsistente con algunos derechos humanos fundamentales, poniendo distancia con un *bill of Rights* acorde con la Corte Internacional de Derechos Humanos que, en opinión del autor en comentario, da demasiado poder a los jueces no electos. Nueva Zelanda no forma parte del Consejo de Derechos Humanos, pero ha dictado una serie de medidas como la creación de comisiones y leyes especiales.

Inglaterra y Gales, se consideran la mejor representación del *commonwealt* y *el Parlamentarismo*, a través del cual se brinda, insisten, la mejor protección a los derechos humanos y consideran que el mayor impacto lo tuvieron al aceptar a través de la firma de la Convención Europea de Derechos Humanos, el derecho al recurso individual ante la comisión y la Corte de Estrasburgo. No se trata de un nuevo estrato de protección a los derechos humanos, sino de un cambio en el poder de la Corte, respecto al Ejecutivo y al Legislativo, vulnerando su exclusivo poder de interpretación de la ley.

Por último, rechazan abandonar un camino que ha probado su eficiencia, que un *Bill of Rights* pueda tener una contribución importante en la defensa de los derechos humanos, y piensan que la Corte Europea está muy alejada de sus problemas políticos y sociales.

Encontramos aquí, una seria oposición al procedimiento de revisión judicial, que no tendría por qué imponerse a todas las naciones. Pero sobre todo, un serio

¹²⁵ Constitución Australiana. Constituciones del mundo [recuperado el 16/06/10] www.juridicas.unam.mx/navjus/infjur/const/

inconveniente para llegar a un sistema procedimental internacional, válido para todas las naciones.

Escandinavia

Jacob W.F. Sundberg, llama la atención sobre el problema de abuso en las apelaciones, ya que toda vez que se han agotado todos medios disponibles, dentro de la legislación interna, como lo expresa la Comisión Europea en su *art. 26* “*alter all domestic remedie shave been exhausted*” (alternativamente, todos los medios internos deben agotarse), procede apelar a la corte, pero esto implica exponer las mismas cuestiones ante los cuerpos nacionales y más tarde ante la Comisión.

Exhaustion of remedies requires in the opinión of the Comission that the applicant had been able to put the same questions before the national body as he later places before the Commision”(agotar los recursos, requiere en opinión de la Comisión, que el solicitante, haya planteado las mismas cuestiones ante el cuerpo nacional, que más tarde plantea a la Comisión).¹²⁶

Menciona, como efecto secundario, la sustentación ante las autoridades internas, invocando la jurisprudencia de la corte, con miras a una posterior presentación. Así que la sustanciación, se equipara en las dos vías y sin embargo puede ser influida la decisión de la corte, ante el tenor de que, de todos los casos presentados, algunos debieran recibir una solución rectificatoria.

Por otra parte, menciona el peso del efecto de las decisiones de la corte como precedentes, que obliga incluso, a cambiar las prácticas administrativas internas para compaginar con las opiniones de la corte. “It is therefore difficult to escape the conclusion, that the States are obliged under the Convention to amend their laws or their administrative practice in such a way that they harmonize with the Court’s interpretation”,¹²⁷ (por tanto, es difícil escapar a la conclusión de que

¹²⁶ Jochen Abr. Frowein. “Recent Development Concerning the European Convention on Human Rights”, in J.Sundberg, ed.Laws, Rights, and the European Convention on Human Rights 1986, p15, [trad del ponente].

¹²⁷ Thor Vilhjalmsson. in J.Sundberg, ed.Laws, Rights, and the European Convention on Human Rights 1986, p.257. [trad, del ponente].

los Estados están obligados bajo la convención, a enmendar sus leyes y su práctica administrativa en el sentido de armonizar con la interpretación de la corte).

Israel.

Stephen Goldstein¹²⁸ en su ponencia “Protección Judicial de los Derechos Humanos sin una Constitución Formal Escrita: La experiencia de Israel”, para el CIDP, 1988. Presenta el caso de Israel, como el de una nación que sin tener una Constitución formalmente escrita, si tiene una preocupación por la protección hacia el interior de los derechos humanos, a través de la Suprema Corte de Justicia, que actúa tanto como corte de apelación en primera instancia, como la más alta Corte de Justicia. Observa que sería prácticamente imposible mantener una estricta defensa de derechos humanos en un estado de guerra continua, razón quizá por la que no se ha resuelto el reconocimiento de un *Bill of Rights*, que piensa sería benéfico, para expandir la protección judicial de los derechos humanos, a través de la revisión de la legislación primaria.

Como podemos observar, aunque en países sin una constitución formal sería muy difícil la implementación de medida procesales universales, lo que si encontramos es una seria preocupación por el reconocimiento de estos derechos al interior del Estado y de alguna manera sería posible si tenemos suficiente interés, llegar a conciertos internacionales, vía tratados.

Y qué decir de aquellos en plena transformación, como África, que si aún no logra una configuración territorial y política unificada, menos una legislación, pero que es el primero en hablar de los derechos no solo de los hombres, sino de los pueblos, lo cual hace renacer nuestras esperanzas hacia un orden internacional sin fronteras.

¹²⁸ Goldsteein, Stephen, *Judicial Protection of Human Rights Without a Formal Written Constitution: The Israeli Experience.*, International Congress on Procedural Law for the ninth Century of the University of Bologna, Bologna, 1988.

Japón

En la Constitución Japonesa, no encontramos normas constitucionales especiales sobre la obligatoriedad de los tratados internacionales en la legislación interna.

En cuanto a la protección interna de los derechos humanos, el esquema constitucional garantiza el acceso y argumentación en juicio, pero más en abstracto que en la realidad, como lo menciona Takeshi Kojima, profesor de derecho de la Universidad de Chuo (1988).¹²⁹ Para quien el éxito de un proceso requiere de la Constitución, la legislación y los jueces, donde es la flexibilidad y discrecionalidad de los jueces el mayor problema. Por otra parte, la modificación procesal por acuerdo de las partes es generalmente aceptado, aunque limitado a: para no demandar, para abandonar un caso, sobre la prueba y para no acudir a la apelación.

Menciona el autor comentado, que hoy han llegado a ser más frecuentes las violaciones de derechos fundamentales por grupos privados, que por órganos del Estado, en cuanto a trabajadores, mujeres, grupos médicos, Instituciones para menores, donadores de órganos, etc.

En cuanto al derecho internacional, como consecuencia de la globalización, como sucede con la mayoría de los países, se pretende extender la protección de los derechos humanos a los extranjeros en los mismos términos que a los nacionales. Así al menos, comenta Kojima: *sentó precedente la Suprema Corte Japonesa en 1978 con una decisión (Mc Clean)*¹³⁰.

De cualquier forma visto, hoy en día, aunque es cada vez mayor la preocupación por la defensa de los derechos y libertades fundamentales de todos los individuos en todas partes, ello aún depende del criterio y la inconsistencia del mismo en cada país.

¹²⁹ Kojima, Takeshi. *Judicial Protección on Human Rights*. Report to International Congress on Procedural Law for the ninth Century of the University of Bologna, Bologna, 1988.

¹³⁰ Idem.

India

La India, es firmante tanto del Convenio de Derechos Civiles y Políticos, como del Convenio de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Sin embargo, algunos de ellos han sido adoptados por su constitución (Part. III) y otros, o no se encuentran específicamente en esa parte III de la constitución, o no están garantizados, o no son reconocidos como fundamentales por la Suprema Corte. A decir K.B. Agrawal.¹³¹ Profesor y Director del “*Indian Institute of Comparative Law*”, algunos derechos fundamentales, solamente son accesibles a través de lo que se considera una interpretación creativa de la Corte, pero estos derechos no están al alcance de las masas de pobres, ignorantes o iletradas, especialmente por la actitud de los cuerpos policíacos, administradores, jueces y políticos, responsables de la violación de los derechos humanos a gran escala.

América

En América, se adopta, en 1969 la Convención americana sobre Derechos Humanos, llamada convención de San José, que entra en vigor en junio de 1978, para fortalecer la declaración americana, que ya se aplicaba como derecho y dio bases definitivas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que operaba desde 1960, creando también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que funciona en San José.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consta de 7 miembros nombrados por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos OEA y tiene dos funciones principales: una exclusiva, para realizar visitas e informes y otra que comparte con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es la de recibir denuncias de individuos o de organizaciones privadas, en contra del gobierno de un Estado que haya ratificado la Convención de San José, también a los no miembros, aplicando en este caso la Declaración Americana de

¹³¹ Agrawal, K.B. *Judicial Protection of human Rights in India*. Report to International Congress on Procedural Law for the ninth Century of the University of Bologna, Bologna, 1988.

Derechos y Deberes del Hombre, para lo cual se encuentra autorizada por la OEA. Examinada la procedencia de la reclamación, solicita informes expresos al gobierno en cuestión, formula conclusiones y recomendaciones, para restituir los derechos violados y de no ser así, publica el asunto en su Informe Anual.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene dos funciones: jurisdicción contenciosa, a la que solo pueden recurrir los Estados, para decidir controversias sobre denuncias de violaciones cometidas por Estados miembros a la Convención de San José y la de emitir opiniones consultivas y dictámenes de interpretación de la convención y algunos tratados. En cuanto a su competencia contenciosa, se requiere del reconocimiento expreso de los Estados de la OEA, explicitados en el caso concreto; sus sentencias de fondo o sobre indemnizaciones, son definitivas e inapelables y de cumplimiento obligatorio. Puede accionar a petición de la Comisión Interamericana, quien envía casos de manera discrecional, o de los Estados miembros, pero no de los denunciados o las víctimas. Y su competencia se limita a señalar la responsabilidad de los Estados. Así lo expone César Sepúlveda.¹³²

Esto por supuesto, nos indica un manejo político y jurídicamente poco eficiente. Por otra parte, cuenta con un sistema de cumbres o reuniones Presidenciales, con miras a fortalecer el sistema interamericano, promovido por los Estados Unidos, quien paradójicamente se ha negado a la firma de Tratados o convenios, especialmente de los que reconocen jurisdicción vinculante.¹³³

El Caso de Estados Unidos de Norte América.

El caso de los Estados Unidos de Norteamérica, es un ejemplo de grandes contradicciones: A partir de la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776, adoptada de manera unánime por la convención de delegados, en que proclamó que todas las personas tienen derechos naturales que les son

¹³² Sepúlveda Cesar. *Internacionalización de los Derechos del Hombre*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.1988.p.303 y ss.

¹³³ Vallarta Plata, José Guillermo. *La Corte Interamericana de Justicia y los derechos Humanos*, Porrúa, 2003. p. 96 y ss.

inherentes y llamó a los estadounidenses a independizarse de Gran Bretaña, fue el antecedente directo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, realizada por la Revolución Francesa y de la Carta de Derechos de los Estados Unidos, que entró en vigencia el 1791 en forma de diez enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, convirtiéndose en pionero de los derechos humanos.

En esta declaración de derechos, destacan primordialmente:

1. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; expresamente, el gozo de **la vida y la libertad**, junto a los medios para adquirir y poseer **propiedades**, y la búsqueda y obtención de la felicidad **y la seguridad**.

8. Que en todo juicio capital o criminal, un hombre tiene **derecho a exigir la causa y naturaleza de la acusación**, a ser confrontado con los acusadores y **testigos**, a solicitar **pruebas** a su favor, y a un juicio rápido por un **jurado imparcial**...

12. Que la **libertad de prensa** es uno de grandes baluartes de la libertad, y que jamás puede restringirla un gobierno despótico.¹³⁴

Sin embargo, a pesar de su apoyo a la ONU, para impulsar y fomentar los derechos humanos, del bloque de leyes Nacionales que implementó, para garantizar que se cumplieran los derechos reconocidos y garantizados internacionalmente, y a pesar de ser un gran impulsor de los tratados internacionales a raíz de la 2ª guerra mundial, su postura empezó a oscilar, entre la no participación en la firma de tratados en los años 50as, a una reversión formal en los años 60as, y un compromiso por lograr un sistema internacional de respeto a los derechos humanos más eficaz, que hoy en día se reconoce como el cimiento legislativo de la actual política en cuanto a derechos humanos.

Los derechos humanos, fueron eje de la política exterior del Presidente Carter, el Presidente Reagan con su "Iniciativa Democracia", que apoyó instituciones y elecciones democráticas y las de los presidentes Bush y Clinton, que se declaran a favor del fomento a los derechos humanos.

¹³⁴ *Carta de Derechos de los Estados Unidos*. [Recuperado el 16/06/10], http://avalon.law.yale.edu/18th_century/jeffcons.asp

No podemos soslayar, a este respecto, que el siglo XX ha sido testigo de la continua lucha de las minorías discriminadas dentro del territorio norteamericano.

Por otra parte, dentro del congreso, el senado que se había manifestado renuente para aceptar la ratificación de los tratados internacionales, a que parecía dispuesto el ejecutivo, aparentemente cambia su postura y en 1988 por fin ratifica el Convenio sobre la Tortura, presentado desde 1949 por Truman y en 1992 ratifica el Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Su argumentación, tiene base en el Artículo seis de la Constitución de los Estados Unidos, que establece;

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and **all Treaties** made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be **the supreme Law** of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding. (Esta Constitución, y las leyes que de ella emanen; y todos los tratados hechos o que se hagan, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema de esta tierra; y los jueces en cada Estado estarán sujetos y nada en la Constitución o leyes de ningún Estado prevalecerá en contrario)¹³⁵

Los derechos humanos, siendo materia estatal, por virtud de un tratado aprobado, pasarían a ser materia federal, vulnerando la competencia estatal, aunque no mencionan por qué esto sería inconveniente, y también porqué la mayoría de los derechos ya están regulados en las leyes estatales.

Como una nueva contradicción, en 1986, firma el convenio contra el genocidio, pero con la reserva de no autorizar ninguna acción que esté prohibida por la Constitución o su interpretación constitucional soberana.

Nace así su nueva política de “ratificación con reservas”, con esto renueva su interés nacional por unirse a los tratados, ya que no existen objeciones constitucionales y los problemas para su ratificación por el Senado, se resuelven con las reservas, condiciones y declaraciones adecuadas. Esta política de reservas (RUD) contiene no solo imperativos constitucionales y consideraciones legales, sino también conveniencias políticas; citaremos:

¹³⁵ Constitución de los Estados Unidos, traducción del ponente, [Recuperado el 16/06/10] www.archives.gob/exhibits/charters/const.mx.

- “conflicto constitucional”, como la impuesta a la ratificación de la Convención Racial “La Constitución y las leyes de los Estados Unidos contienen amplias protecciones de la libertad individual de palabra, expresión y asociación. De acuerdo con ello, los Estados Unidos no aceptan ninguna de las obligaciones de esta convención, en particular la de los art.4 y 7, que restrinjan estos derechos, ya sea a través de la adopción de legislación o de cualquier otra medida, puesto que éstos ya están protegidos por la Constitución y las leyes de los Estados Unidos.”, y la relativa al art 20 del Convenio sobre Derechos Civiles y Políticos.
- “Conflicto de leyes”, que pudiera requerir adecuación al tratado, como el caso de la Convención contra la Tortura, siempre que “signifiquen lo mismo que los tratos o castigos crueles, infrecuentes e inhumanos, prohibidos por las Enmiendas Quinta, Octava, y/o Decimocuarta de la Constitución de los Estados Unidos”.
- la “cláusula de federalismo”, adjunta a la Convención Racial; “hasta el punto en que tenga jurisdicción sobre los asuntos allí cubiertos... y hasta el punto en que los gobiernos estatales y locales posean jurisdicción sobre tales materias”.
- la “declaración de efecto inmediato”, para no crear derechos que deban ser cumplidos directamente en los tribunales estadounidenses.
- la “declaración o salvedad”, opinión que adjunta el Senado para dar su consentimiento: “Ningún elemento de esta Convención exige o aprueba legislación, ni ninguna otra acción de parte de los Estados Unidos que esté prohibida por la Constitución de los Estados Unidos **tal como la interpretan los Estados Unidos.**¹³⁶

De esta forma, los Estados Unidos se aseguran de que cuando firman un tratado con reservas, no han asumido obligaciones internacionales.

Varios países de la comunidad internacional, han objetado seriamente el sistema de “reservas” norteamericanas, en relación al Convenio sobre Derechos

¹³⁶ Burgenthal, Thomas. *Derechos Humanos Internacionales*, Gernika, 2002, pp.302-303.

Civiles y Políticos, así nos dice Burgenthal, en cuanto que al ser incompatibles con el objeto y propósito del Tratado, lo invalidan:

El apuntalamiento legislativo y burocrático de la política exterior norteamericana de derechos humanos contemporánea tiene su origen en la labor del comité de Fraser” (Donald M. Fraser, congresista de Minnesota) “y las políticas de Jimmy Carter”.¹³⁷

Las medidas de la política actual de los Estados Unidos, se basan en dos leyes que regulan su política de apoyo a los derechos humanos, negando asistencia militar y económica, en relación a la política que con respecto a dichos derechos humanos, observen los países que reciben la ayuda, estas son:

§ 502 B Asistencia militar y de seguridad.

§116 Ayuda militar y asistencia para el desarrollo.

Ambas de la *Ley de asistencia exterior de 1961*:

...una de las metas principales de la política exterior de los Estados Unidos será fomentar que todos los países guarden mayor observancia de los derechos humanos reconocidos internacionalmente.¹³⁸

Negando la ayuda a los países que revelen:

constantes patrones de violaciones flagrantes (que corresponde a la Resolución 1503 del Consejo Económico y Social de la ONU) de los derechos humanos reconocidos internacionalmente”, los cuales “incluyen”... El uso de este lenguaje propio de la ONU, pretende evitar que lo consideren intervención ilegal.¹³⁹

Es de tomar en cuenta, que El Comité de Abogados Pro Derechos Humanos hace un análisis crítico de estas leyes.¹⁴⁰

La Ley 116 obliga al Departamento de Estado, a elaborar un informe sobre derechos humanos de todos los países que requieren ayuda y hoy día, de todos los países pertenecientes a la ONU, para lo cual recibe ayuda de las Organizaciones Internacionales Gubernamentales OIG y las Organizaciones no Gubernamentales ONGs y canaliza la ayuda a través de las Instituciones

¹³⁷ Ibid., p.307

¹³⁸ *Idem.*,

¹³⁹ *Ibid.*, pp.308,309

¹⁴⁰ Comité de abogados pro derechos humanos. *Human Rights and U.S. Foreign Policy*, 1992. p. 6

Financieras Internacionales: International Financial Institutions IFI, como el Banco Mundial.

Por otra parte, también se expiden leyes para negar la ayuda a los países a quienes se considera, que no han aplicado la ley general con suficiente rigor y la política en esta materia, está a cargo del Secretario de Estado Auxiliar para la Democracia, los Derechos Humanos y el Trabajo.¹⁴¹

Vale la pena mencionar, que si en algunos casos se invalidan aquellos que se fundamentan en resoluciones de Tratados, en otros, se invocan para soluciones jurídicas.

Comunidad Europea

Este apartado, se elabora tomando los datos y opinión del Dr. Francisco Díaz Revorio.¹⁴² En el que diserta sobre *La garantía internacional de los derechos en Europa*, que ha sido labor principal del Consejo de Europa «Consejo», y de la Unión Europea.

El Consejo de Europa, organización creada el 5 de mayo de 1949, tiene como valores fundamentales, la defensa de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos. El doctor Revorio, destaca varios convenios auspiciados por esta organización y en particular el Convenio de Roma «Convenio» para la protección de los derechos del hombre y libertades fundamentales de 1950 y la Carta Social Europea firmada en Turín en 1961.

El Convenio de Roma, establece como garantía de los derechos que contiene, la Comisión Europea de los Derechos Humanos de 1954 y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1959.

Por otra parte, tenemos la participación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en los procedimientos de garantía. Pero la mayor relevancia, la tiene

¹⁴¹ Burgenthal, *Op. Cit*, p.314

¹⁴² Días Revorio, Curso doctoral Loc. Cit.

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, sobre todo a partir de la firma del Protocolo número 11.¹⁴³

La parte más importante, parece derivar hoy en día del Protocolo número 11, que reestructura el sistema de garantías y modifica el texto del Convenio y de algunos protocolos anteriores y ha sido firmado por 45 Estados.

El Protocolo número 11, en vigor desde 1998, permite el acceso directo de las demandas de los ciudadanos, que alegan violaciones por parte de algún Estado de los derechos del Convenio; esta participación directa, que depende de la voluntad de los ciudadanos, supone un enorme avance en su consideración como sujeto del derecho internacional.

Las sentencias de la Corte Europea de los Derechos Humanos «Corte» tienen carácter obligatorio para los Estados firmantes, incluyendo indemnizaciones económicas, la jurisprudencia establecida en este sentido y en el interpretativo, se ha ido incorporando a los Tribunales Constitucionales o Supremos de los Estados, lo que ha permitido la aproximación interpretativa del derecho europeo, ya que el Convenio, forma parte del derecho interno de los Estados que lo han ratificado y en algunos casos, la constitución impone la interpretación en este sentido y más aún porque las sentencias de los Tribunales Constitucionales y Supremos, pueden ser corregidas o rectificadas, aunque no anuladas, por las del Tribunal Europeo, amén del prestigio adquirido por esta institución.

En virtud de las reformas a los artículos 19 a 51 del Convenio, el tribunal sesiona de manera permanente y se integra por un número de jueces igual al de los países firmantes, se eligen por mayoría absoluta de la Asamblea Parlamentaria, entre una terna presentada por cada Estado, duran seis años en su cargo y son reelegibles; se divide en comités de tres jueces, salas de siete jueces y una Gran Sala, de diecisiete jueces. Los comités declaran la admisibilidad y la sala conoce tanto de la admisibilidad como del fondo; a la Gran Sala competen los asuntos de inhibición (por importancia o contradicción) o remisión (caso de

¹⁴³ *Protocolo número 11 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, número 155 del Consejo de Europa, «BOE núm. 152/1998, de 26 de junio de 1998», [recuperado el 23/08/11], http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

excepción), así como la emisión de opiniones consultivas presentadas por el comité de ministros.

Como problemas aun subsistentes, se pueden citar el gran número de casos, que va en aumento, la complejidad del procedimiento, pero sobre todo, los problemas de discordancia con los sistemas jurídicos propios de cada Estado, que en ocasiones no prevé recursos o procedimientos, para hacer efectivas las sentencias del Tribunal de Estrasburgo y el hecho de que este no pueda anular las sentencias de los tribunales nacionales y se termine aceptando la reparación pecuniaria. El convenio, por otra parte, trata de evitar el doble reconocimiento de derechos o de garantías, aplicando la “norma más favorable”; hoy en día, se presenta un nuevo problema a futuro, con las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo y esto a pesar de que el Tratado de la Unión Europea de 1992, reconoce al Convenio de la Unión Europea como principio general de Derecho Comunitario.

Analizando lo antes expuesto podemos decir que:

Todos los países, muestran un genuino deseo de proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos e incluso de los extranjeros, dentro de su territorio, mejorando y adaptando sus sistemas jurídicos, independientemente del uso discordante de terminología. Quizá el punto discordante viene a ser, la necesidad de modificar su legislación interna para adecuarla al sistema internacional.

3.3 La realidad en el orden jurídico nacional e internacional.

La internacionalización de los Derechos fundamentales del hombre, es un proceso relativamente reciente, así que, fue natural el tránsito en esta búsqueda de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, del Derecho interno y su protección procesal al Derecho Internacional, toda vez que los mayores abusos, provenían de los conflictos bélicos sobre los grupos altamente vulnerables de refugiados, prisioneros de guerra o grupos conquistados.

Los excesos emanados de los periodos de las grandes guerras mundiales, nos hicieron comprender los errores de una soberanía sin límites y la vulnerabilidad de los grupos humanos fuera del alcance de su propio gobierno; era innegable la impotencia para proteger a las minorías raciales, dentro de la nueva reconfiguración de territorios.

La declaración de los Derechos del Hombre, producto de los horrores de la guerra y del deseo de los pueblos por conseguir la seguridad y la paz, inicia una nueva búsqueda en dos sentidos, por un lado el deseo de los hombres del reconocimiento y respeto de sus derechos sin fronteras y por el otro, el deseo de los pueblos por conseguir la igualdad de oportunidades para su desarrollo. Más no obstante la enorme importancia de esta declaración internacional, no logra una protección efectiva. Sin embargo, las estructuras políticas de gobierno se transforman drásticamente y uno de los elementos primordiales, motor de estas luchas, lo es el deseo de conseguir la protección efectiva de los derechos humanos.

Los primeros intentos realmente importantes de la Organización de las Naciones Unidas ONU, como ya mencionamos, permitieron el nacimiento de un nuevo orden internacional, más propicio para la tutela efectiva de los derechos y las libertades fundamentales del hombre, sin embargo, la tutela efectiva resulta débil, ante un sistema procesal que se funda más en las recomendaciones y la aceptación voluntaria de los Estados, que en una verdadera imposición jurídica. Aun cuando el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, cuenta con un Protocolo Facultativo Adicional, que permite a los ciudadanos de cualquier Estado firmante, recurrir ante el Comité de Derechos Humanos, no se ha logrado una verdadera tutela.

Esta búsqueda, a través de Pactos y Convenios, no acaba de descubrir que las diferentes transformaciones en las estructuras sociopolíticas de gobierno, en realidad lo que buscan, incesantemente, es una transformación en el sistema jurídico, que logre a través de un sistema de reglas procesales, una verdadera garantía de protección jurídica.

La gran aportación de la ONU, se refleja en las modernas tendencias del derecho, que buscan la incorporación de las reglas de derecho internacional, al derecho interno de los países firmantes de los acuerdos internacionales, para así, poder sujetarlos a las normas procesales del derecho interno, que emanando de tratados internacionales, busca de alguna manera internacionalizar, si no es que universalizar, los derechos y libertades fundamentales de todos los seres humanos.

Los primeros intentos, se dieron en los países vencidos, obviamente por imposición de las grandes potencias.

Podemos observar que los intentos van, desde la imposición del derecho internacional sobre el derecho interno, de la manera como se incorporó a la Constitución de Polonia; cuando Polonia reingresa al concierto de las naciones, firma en 1919 un tratado con las naciones aliadas por medio del cual se obliga a proteger a las minorías.

Pasando, en un segundo caso, por la incorporación de los tratados al Derecho de cada Estado, con diferentes tipos de requisitos y de reconocimiento. Muestra de este segundo caso, es nuestra propia Constitución Mexicana, que una vez cumplidos los requisitos preliminares de no contravenir el texto constitucional, celebrarse por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, quedan equiparados a la Constitución como Ley Suprema de toda la Unión, así lo encontramos asentado en el artículo 133 Constitucional. Por supuesto, los casos son diversos y de igual manera los requisitos. Puede tratarse, así mismo, de casos en los cuales se requiere de una legislación nacional independiente que incorporen las medidas señaladas en los tratados en cuestión.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, constituye un nuevo impulso para las futuras generaciones, ahora se vislumbra ese nuevo deseo de universalidad, de conservar derechos y libertades para todos, en todas partes y esto, repercute en nuevas luchas, pero con los mismos ideales.

Esta búsqueda, se va a extender en Europa y América, a partir de diversas Declaraciones, de la formación de sistemas constitucionales y de la formación de instituciones como el *“ombudsman”*, o *defensor del pueblo*, que siendo un

organismo de protección de los derechos individuales y de grupo frente a los órganos de gobierno, pierde su carácter de independencia, tan necesario para sus funciones, ya que en la mayoría de los países, sus titulares son elegidos por esos mismos órganos de gobierno, ante quienes tiene que presentar la defensa de los ciudadanos, cuyos derechos han sido vulnerados por esos mismos órganos de gobierno. El papel real de esta función tan importante, parece hoy en día descansar en manos de organismos no gubernamentales ONGs, como Amnistía Internacional.

El siglo pasado, que está lleno de acontecimientos que han ido transformando la fisonomía del mundo, las relaciones internacionales y viendo nacer nuevos fenómenos de globalización, se encuentra de pronto con nuevos actores: las organizaciones internacionales de gobierno OIG, que pasaron de menos de 25 a casi 400 en el lapso de 1820 a 1995, según datos de Wallace y Singer ¹⁴⁴, en el libro anual de organizaciones internacionales, de 1995; con otra referencia de organizaciones no gubernamentales ONGs, que pasaron de menos de 250 a casi 10,000, según datos de Werner J. Feld., en su libro anual de organizaciones internacionales de 1995.¹⁴⁵ Las corporaciones multinacionales CMN, grandes monopolios industriales, comerciales o financieros, toda vez que no se encuentran sometidos a limitación alguna, que no obedecen a ninguna clase de restricciones y muy por el contrario, al contar con el control de facto del poder político, no sólo influyen, sino que determinan la normatividad a que supuestamente se sujetan; crean un poder privado al margen del Derecho, que sólo obedece a sus intereses, en detrimento de la población que se ve inmersa en un proceso de pauperización. Este poder de facto, soslaya el elemento más importante del Estado de derecho, el reconocimiento de los derechos individuales; estos organismos crecen aceleradamente, convirtiéndose en actores relevantes del orden internacional y cuyo papel en el equilibrio mundial es aún incierto.

El teórico social pos moderno Fredric Jameson, nos hace ver que la producción estética, que normalmente rompe las estructuras paradigmáticas, se

¹⁴⁴ Wallace y Singer. *Yearbook of International Organizations*. Bruselas: UIA, 1995.

¹⁴⁵ Werner J. Feld., *Yearbook of International Organizations*. Bruselas: UIA, 1995.

ha integrado hoy en día a la producción general de mercancías, provocando “una sociedad de la imagen o el simulacro y una transformación de lo real en pseudo eventos”¹⁴⁶. Esto nos lleva al absurdo de grandes consensos y discursos internacionales sobre el apoyo irrestricto de los derechos humanos (imágenes superficiales), mientras la realidad cotidiana nos enfrenta a los problemas migratorios, la censura de la libertad de expresión, la persecución y muerte de periodistas, censura radiofónica, televisiva o cinematográfica (significados profundos); se pierde la perspectiva histórica (anverso y reverso) y, como dice Jameson: “el reverso de la cultura es sangre, tortura, muerte y horror”¹⁴⁷.

De esta forma la realidad queda subordinada a la manipulación mediática y política y, en gran medida, esto abarca el destino de los derechos humanos cuando la imagen de un líder político en un foro internacional propala un apoyo irrestricto a los derechos humanos pero su firma con reservas anula en la realidad esos derechos, cuando proclama el respeto a la libertad de expresión y, por otra parte, encarcela y desaparece disidentes. De esta manera, las firmas y los tratados se multiplican, mientras las desapariciones y ejecuciones sin debido proceso se multiplican también.

Esto nos conduce a una realidad compartida entre Estados y Organizaciones Internacionales, cuyas acciones y relaciones carecen de un marco legal, o por lo menos reglamentado, y Estados que hacia el interior se descentralizan, de donde en última instancia surgen los nuevos problemas: enormes desigualdades entre naciones desarrolladas con intereses globales y países regionalizados o aislados, pauperización, crimen organizado, migraciones masivas y terrorismo con nuevas connotaciones.

La violencia, tanto hacia dentro de los países como hacia el exterior, sabemos por triste experiencia que tiene grandes costos humanos, políticos y económicos; lo cual nos lleva necesariamente a la necesidad de un nuevo marco de acción internacional, que permita el equilibrio y la estabilidad.

¹⁴⁶ Jameson, Fredric. *Postmodernism, or the cultural logic of late capitalism*, New Left Review 146, 1984, p.87.

¹⁴⁷ Jameson, Fredric. *Postmodernism, or the cultural logic of late capitalism*, New Left Review 146, 1984, p 57.

En realidad, este papel tan importante ha estado bien representado a nivel internacional por estos organismos, que representan el único medio de mantener, por lo menos, una interminable lista de violaciones de los derechos y libertades fundamentales al alcance del público en general, que de esta forma, puede dar un seguimiento real a dichos acontecimientos y lo que resulta mucho más importante, lograr despertar las conciencias, a través de la formación de grupos ciudadanos de apoyo, que constituyan una verdadera exigencia para las autoridades y un estímulo para los organismos internacionales.

Por otra parte, como ya mencionamos, nos encontramos al Consejo de Europa, organización que tiene como valores fundamentales la defensa de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos.

En cuanto a sistemas procesales de aplicación y por lo tanto de realización de todos los ideales declarativos, única verdadera garantía de aplicación, creo firmemente que hoy por hoy, el mejor modelo a seguir es, considerando las propias palabras del Dr. Francisco Díaz Revorio: *“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, junto a la Corte Interamericana, el mecanismo más avanzado que hoy existe en el mundo con esta finalidad”* “, y si tomamos en cuenta la efectividad de la jurisdicción y el gran compromiso con la democracia, y sobre todo el nivel de efectividad, en cuanto a los mecanismos de implementación, es precisamente el Modelo Europeo, como él dice: *“En definitiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha supuesto un hito fundamental en la evolución del reconocimiento y garantía internacional de los derechos humanos.”*¹⁴⁸

Claro está, que dentro de un proceso incesante de transformación cultural, de aportación e incorporación recíproca, es posible esperar, que las objeciones a la implementación de las soluciones internacionales al interior de los Estados, vayan disminuyendo y sobre todo, después de observar los progresos posteriores a la firma del Protocolo 11 al Convenio Europeo.

Lo anterior, tomando en cuenta que las objeciones aludidas, especialmente por los países de la Common Wealt, se cimientan principalmente en la efectividad

¹⁴⁸ Díaz Revorio, *Curso Doctoral*, Loc.Cit.

de la protección que su sistema jurídico ha demostrado históricamente hacia el interior de sus países, de los derechos y libertades fundamentales (parte del modelo a seguir), en la forma de elección de sus jueces, que consideran ideal y que por tanto puede ser un factor a compartir, en la elección de los jueces internacionales; por último, las modificaciones necesarias hacia el interior, pueden buscar mecanismos adaptativos, que no impliquen perder las ventajas nacionales.

Lo que a nuestro estudio importa, es señalar como la confusión de conceptos, repercute en la dificultad de proteger verdaderamente los derechos humanos a nivel global, a pesar de los intentos renovados de la comunidad internacional.

A nivel internacional, debemos circunscribirnos a los derechos del ser humano a sobrevivir, precisamente como humanos, con las características que le son inherentes y que le confieren su dignidad de ser racional, social y cultural, capaz de razonar y elegir conforme a principios y valores, llevados a la categoría de principios constitucionales. Esto como ya mencionamos anteriormente, requiere definir y delimitar los conceptos básicos sobre los cuales puede cimentarse una verdadera teoría de los derechos humanos, especialmente, cuáles son esos derechos en relación al ser humano de manera específica, cuáles las formas de llevar a la constitución los derechos fundamentales, en razón de cada cultura en particular, cuáles las formas de garantizarlos dentro del contexto nacional y cuáles las políticas públicas que se implementan para hacerlos operantes, en cada grupo social. Sólo de esta forma, definiendo y delimitando conceptos dentro de un nuevo paradigma operante para la realidad actual, estaremos preparados para establecer un orden jurídico internacional, que reconozca los derechos humanos de manera universal, como principios constitucionales de ponderación, insertos en las constituciones nacionales, para permear sobre las normas que se establezcan a nivel nacional, como derechos fundamentales, como normas para garantizarlos con arreglo a cada cultura y al mismo tiempo, sobre las políticas públicas; derechos humanos que se respeten internacionalmente de manera general y al mismo tiempo, pugnar por medidas procesales generalmente aplicables.

Como podemos ver es de enorme importancia delimitar la competencia del orden internacional y del orden nacional, en función de la cultura de cada pueblo en particular, delimitar los derechos humanos como principios ordenadores del derecho internacional, pero respetando la implementación cultural, mientras las relaciones interculturales no nos lleven a un verdadero código procesal tipo, para un contexto internacional.

3.4 Los textos constitucionales

Por otra parte, notamos al comparar los textos constitucionales en diferentes regímenes jurídicos, (lo que se desprende de la tabla 1) dos cosas muy importantes para el tema en comento. Por una parte la gran diversidad de términos utilizados y por la otra, el auténtico interés que los países tienen en la salvaguarda de los derechos humanos. Desgraciadamente nos muestra también la vulnerabilidad que se desprende de la falta de unidad en los conceptos, cuando se deja su definición y delimitación al arbitrio de la autoridad política.

Así por ejemplo, la Constitución Rusa de 12 de diciembre de 1993 habla en su Capítulo 2 de DERECHOS Y LIBERTADES DEL SER HUMANO Y DEL CIUDADANO y en su artículo 17 Número 2,¹⁴⁹ nos dice que:

los Derechos y libertades fundamentales del ser humano son inalienables y pertenecen a cada persona desde su nacimiento;

De manera que no da a los derechos fundamentales la connotación de estar insertos en el texto fundamental y por el contrario identifica a los derechos fundamentales con los derechos naturales.

En su art.2, Capítulo 1, Apartado 1, habla de derechos y libertades, como valores excelsos y del reconocimiento, resguardo y defensa de las libertades y derechos humanos.

¹⁴⁹ [Recuperado el 4-10-2012], <http://www.latintrade.ru/main/esp/const01.htm#inicio>.

Aquí ya podemos encontrar una discordancia entre derechos y libertades fundamentales y libertades y derechos humanos. No indica si los considera sinónimos o simplemente utiliza término indiscriminadamente.

La Constitución Española de 1978, nos habla en su Título I, de los derechos y deberes fundamentales, haciendo referencia a su inserción en el texto fundamental y congruentemente con la tesis que exponemos, habla en su artículo 10 de que la dignidad de la persona consiste en mantener la inviolabilidad de los derechos que le son inherentes; en este sentido, nosotros decimos que precisamente los derechos naturales o humanos son los que definen al ser humano como humano, valga en este punto la redundancia, y que su conservación define la dignidad del hombre.

La constitución menciona también dentro de la Sección 1ª Capítulo cuarto, de las garantías a las libertades y derechos fundamentales, lo que entendemos nosotros como garantías procesales. Por otra parte en la Sección 1ª del Capítulo segundo, habla de derechos fundamentales y libertades públicas y en el Capítulo tercero, les llama principios rectores.

El acta Constitucional de Canadá de 1982, hace referencia en su Parte I a la Carta de Derechos y Libertades, así como al acta Canadiense de derechos humanos.

De manera que resulta emplear como sinónimos los términos derechos humanos y derechos y libertades (*Charter of Rights and Freedoms, and Human Rights Act*).

La Constitución de Afganistán de 1382, en su capítulo segundo, hace referencia a los Derechos Fundamentales y deberes de los ciudadanos sin distinción alguna.

La Constitución Norteamericana en sus diez primeras enmiendas (Bill of Rights), ratificadas en diciembre 15 de 1791 aclara que “No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”. Con esto, entendemos que este texto constitucional, hace una distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales, y por supuesto, que considera que los derechos fundamentales

son inherentes al ser humano independientemente de que se encuentren o no dentro de la carta constitucional.

La Constitución Argentina del 22 de agosto de 1944 en su Primera Parte Capítulo Primero, habla de Declaraciones, Derechos y Garantías, sin hacer distinción entre derechos naturales o derechos constitucionales.

La Constitución Política del Estado de la República de Bolivia de 1967 menciona en su Parte Primera, Título Primero, Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona, sin hacer distinción alguna.

La Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 por su parte, en su Título II Capítulo I hace mención de estos derechos en forma conjunta, como de los Derechos y Garantías Fundamentales.

La Constitución Política de Colombia de 1991 en su Título II Capítulo I hace una referencia directa a los Derechos Fundamentales.

El Estatuto Federal de la República Federal de Alemana de 23 de septiembre de 1990, si presenta una dicotomía toda vez que les menciona de dos diferentes formas, les llama en su numeral 1, Derechos Básicos y en su artículo 2 Derechos Humanos.

La Constitución, Orden Real de Grenada de 1973 en su Capítulo 1 habla de la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales.

La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985, hace referencia en su Título II a los Derechos humanos.

La constitución de la República de Honduras de 1982, hace referencia en su Título II Capítulo II como Derechos individuales.

En el documento presentado a votación el sábado 15 de octubre de 2005 al pueblo de Irak, sólo menciona en su Sección Dos, Derechos y Libertades.

Mientras que en la Constitución de la República Italiana de 1947, reforma 1961, no hace mención de la terminología habitual, sino que los denomina como los derechos inviolables del hombre.

En la Constitución del Japón de 3 de noviembre de 1946 en su Capítulo III de los Derechos y Deberes del Pueblo, hace referencia a estos derechos como Derechos humanos fundamentales.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 24 de marzo del 2000 en su artículo 25 habla de los derechos humanos.

Mientras que la constitución de la República Francesa de 4 de octubre de 1958 en su Preámbulo, habla de los derechos del hombre.

La Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo de 17 de octubre de 1868, revisada en marzo de 2007 habla en su Capítulo II Libertades Públicas y de Derechos Fundamentales y en su artículo 11 de garantizar los derechos naturales de la persona humana. Así que podemos apreciar la discordancia existente al llamar indiscriminadamente un mismo concepto.

Por su parte la Constitución de la República de Polonia del 2 de abril de 1997 habla de libertades fundamentales y derechos humanos.

Por último mencionaremos la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917, (reforma de 10 de junio de 2011). En su Artículo 1º habla de los derechos humanos que la constitución reconoce y de las garantías para su protección.

Con este breve comentario, sin tratar de hacer una referencia completa de todos los países, podemos notar la gran variedad de términos y contextos utilizados y en algunos casos dentro de un solo documento constitucional.

Cuando tratamos de la protección del ser humanos y sus derechos fundamentales, independientemente de su origen o de su situación migratoria es natural que nos inquiete la multiplicidad de términos utilizados por los diferentes países, nos preguntamos si tiene que adquirir y perder derechos o si en algunos casos específicos puede conservarlos dependiendo de que esté en tránsito o como turista, o que pasa si su estancia es ilegal o permanente en espera de adquirir un nuevo estatus migratorio.

Creemos que esto nos da un argumento sólido a la necesidad de establecer conceptos universales o en el mejor de los casos también normas procesales internacionales comunes. Lo que si es cierto, es que mientras exista una multiplicidad de conceptos será muy difícil lograr la plena protección de los derechos fundamentales en plenitud y sin fronteras.

La descripción por país, documento y fuente se puede consultar en la siguiente tabla:

Tabla comparativa de documentos constitucionales.

PAÍS	REFERENCIA	FUENTE
<p>Constitución de la Federación de Rusia 12 de diciembre de 1993. Con los cambios de 1996.</p>	<p>Capítulo 2 DERECHOS Y LIBERTADES DEL SER HUMANOS Y DEL CIUDADANO</p> <p>Art.17 2. Los Derechos y las libertades fundamentales del ser humano son inalienables y pertenecen a cada persona desde su nacimiento.</p>	<p>http://www.latintrade.ru/main/esp/const01.htm#inicio [recuperado 4/10/12]</p>
<p>Constitución Española 1978</p>	<p>Título I. De los derechos y deberes fundamentales</p> <p>Artículo 10 La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.</p> <p>Capítulo Segundo. Derechos y libertades Sección 1a .De los derechos fundamentales y de las libertades públicas</p>	<p>http://www.congreso.es/congreso/consti/constitucion/indice/ [recuperado 4/10/12]</p>

	Capítulo cuarto. De las garantías de las libertades y derechos fundamentales.	
Canadá Constitution act, 1982	PART I (Canadian Charter of Rights and Freedoms) (Canadian Human Rights Act)	http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html [recuperado 4/10/12]
Estados Unidos de América. 1787	(Las diez primeras enmiendas (Bill of Rights) fueron ratificadas efectivamente en diciembre 15, 1791.) No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo. Enmienda X	http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html [recuperado 4/10/12]
The Constitution of Afghanistan Year 1382	Chapter two— The Fundamental Rights and Duties of Citizens	http://www.constitution.org/cons/afghan/draft_cons_eng.htm [recuperado 4/10/12]
Constitución de la Nación Argentina 22 de agosto de 1944	Primera Parte Capítulo Primero Declaraciones, Derechos y Garantías.	http://www.constitution.org/cons/argentin.htm [recuperado 4/10/12]
REPUBLICA DE BOLIVIA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO 1967	PARTE PRIMERA LA PERSONA COMO MIEMBRO DEL ESTADO TITULO PRIMERO DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LA PERSONA	http://www.constitution.org/cons/bolivia.htm [recuperado 4/10/12]

<p>CONSTITUCION DE LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL 1988</p>	<p>TITULO II</p> <p>DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS FUNDAMENTALES</p>	<p>http://www.constitution.org/cons/brazil.htm [recuperado 4/10/12]</p>
<p>Constitución Política de Colombia,</p> <p>1991</p>	<p>Título II</p> <p>Capítulo I</p> <p>De los Derechos Fundamentales.</p>	<p>http://www.constitution.org/cons/colombia.htm [recuperado 4/10/12]</p>
<p>BASIC LAW for the Federal Republic of Germany Federal Statute of 23 September 1990</p>	<p>1. BASIC RIGHTS</p> <p>Article 1 (Protection of human dignity). (1) The dignity of man inviolable. To respect and protect it is the duty of all state authority. (2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.</p>	<p>http://www.constitution.org/cons/germany.txt [recuperado 4/10/12]</p>
<p>ORDEN REAL DE GRENADA de 1973</p> <p>Constitución</p>	<p>Capítulo I Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales</p> <p>ARTICULO 1.- Por cuanto en Grenada toda persona es acreedora, sin distinción de raza, lugar de origen, opiniones políticas, color, credo o sexo, pero con sujeción al respaldo de los derechos y libertades de los demás así como al interés público, a todos y cada uno de los derechos y libertades fundamentales a</p>	<p>http://www.constitution.org/cons/grenada.htm [recuperado 4/10/12]</p>

	saber:	
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA 1985	TÍTULO II DERECHOS HUMANOS	http://www.constitution.org/cons/guatemala.htm [recuperado 4/10/12]
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS 1982	TÍTULO III CAPÍTULO II DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES.	http://www.constitution.org/cons/honduras.htm [recuperado 4/10/12]
Draft Document, Presented to Voters Saturday, October 15, 2005 IRAK	SECTION TWO: RIGHTS AND LIBERTIES	http://www.constitution.org/cons/iraq/iraq_cons_051012.htm [recuperado 4/10/12]
COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA (1961)	PRINCIPI FONDAMENTALI Art. 2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalita` e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarieta` politica, economica e sociale.	http://www.constitution.org/cons/italy.txt [recuperado 4/10/12]
CONSTITUTION OF JAPAN November 3, 1946	CHAPTER III: RIGHTS AND DUTIES OF THE PEOPLE Article 11: The people shall not be prevented from enjoying any of the fundamental human rights . These fundamental human rights guaranteed to the people by this	http://www.constitution.org/cons/japan.txt [recuperado 4/10/12]

	Constitution shall be conferred upon the people of this and future generations as eternal and inviolate rights.	
Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 24 de marzo de 2000	Título III Capítulo I Artículo 19. El estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos .	http://www.juridicas.unam.mx/navjus/infjur/const/ http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm [recuperado 6-10-2012]
Constitution de la République française 4 octobre 1958	PRÉAMBULE. Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.	http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp [recuperado 6-10-2012]
CONSTITUTION DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG 17 octobre 1868,	«Chapitre II. - Des libertés publiques et des droits fondamentaux » Art. 11. (Révision du 29 mars 2007) «(1) L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille.»	http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/accueil/Constitution/Constitution.pdf [recuperado 1-10-2012]
THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND OF 2nd APRIL, 1997	Mindful of the bitter experiences of the times when fundamental freedoms and human rights were violated in our Homeland,	http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm [recuperado 6-10-2012]
CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS , 1917, Ref.10 de junio de 2011	ARTICULO 1o. en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta Constitucion y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, asi como de las	http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/2.htm?s= [recuperado 6-10-2012]

	<p>garantias para su proteccion, cuyo ejercicio no podra restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta constitucion establece.</p>	
--	--	--

Tabla No.1

3.5 Perspectiva real de los derechos fundamentales

Si bien, la gran mayoría de los países se muestran a favor no solamente de reconocer la importancia de proteger los derechos y libertades fundamentales del hombre, sino de establecer mecanismos para su protección y aún de participar en esfuerzos conjuntos a nivel internacional, para lograr la protección universal de los mismos, la realidad cotidiana que percibimos a través de los medios de comunicación parece ser otra muy distinta. Y nos preguntamos ¿por qué?, especialmente porque la búsqueda de un reconocimiento universal de los derechos del hombre y sus libertades fundamentales, parece ser una meta indiscutible, para quienes aspiran al reconocimiento de la dignidad humana sin fronteras, —especialmente donde estas fronteras marcan una discriminación feroz, defendida a ultranza por grupos extremistas, en un mundo globalizado, que por una parte pretende internacionalizar la inversión, el comercio, la producción y la industrialización, en aras de lograr la consolidación de enormes fortunas sin barreras arancelarias y por otra parte, pretende contener el flujo de personas para evitar que, buscando nuevas formas de vida y nuevas oportunidades, invadan el entorno “ilusoriamente preservado” de grupos privilegiados, confinándolos en sus países, empobrecidos y explotados, para generar los insumos y la mano de obra cautiva y barata que permite las ganancias descomunales de pequeños grupos en el poder — y sin embargo, enfrenta hoy en día caminos divergentes al paradigma construido a partir de la posguerra del siglo pasado.

Si existe un tema, donde se ven reflejados de manera indisoluble la discriminación y la violación continuada de los derechos humanos, es en la migración voluntaria u obligada de los diferentes grupos étnicos, más allá de las fronteras que marcan la sumisión y la libertad. Ejemplos hay en todas las épocas y latitudes: El éxodo de los tártaros, en la segunda mitad del siglo XVIII, donde Thomas de Quincy¹⁵⁰ nos relata como el kan de los calmucos y su pueblo, son perseguidos desde los territorios de Rusia hasta las fronteras de China, que pone de manifiesto los desgarradores problemas de frontera; las expulsiones masivas en África, que conmueven al mundo actual por su atroz ferocidad, relatadas por Ziec,¹⁵¹ siempre marcando fronteras.

Genocidios, que no sólo comprenden a los seres humanos individualmente considerados, sino a su ser cultural, ya que el ser humano es naturaleza y cultura, así que el exterminio de una cultura, es el exterminio de seres humanos condenados a desaparecer como tales y cuya sobrevivencia depende de su anexión como parte de otra cultura.

El 7 de junio de 2010, Prensa Latina publica que el primer ministro de Malacia, Najib Razak, pide a la ONU emplazar a Israel, para que comparezca ante la Corte Penal Internacional, por atacar una flotilla humanitaria hacia Gaza y se manifiesta profundamente decepcionado ante la inacción de la misma.¹⁵²

Por su parte, el reporte de amnistía internacional publicado en mayo de 2010, acusa a Israel de crímenes de guerra y de serias infracciones al derecho internacional. En su reporte anual se resume que: “millones de personas están sufriendo de inseguridad, injusticia e indignidad. Esta es una crisis de derechos humanos”...¹⁵³

¹⁵⁰De Quincy, Thomas, *La Rebelión de los tártaros*, Grupo Editorial Multimedios, Millenium 78, México 1988.

¹⁵¹ Ziec, M., Henckaerts, Jean-Marie, *Mass Expulsion in Modern International Law and Practice*, Martinus Nijhoff Publishers, International Journal on Minority and Group Rights, Volume 5, Number 2, 1997, pp. 205-208.

¹⁵² Razak, Najib. Prensa Latina, pueblo en línea, [actualizado a las 10:52 2010:06:08.], <http://spanish.peopledaily.com.cn/31618/7017077.html>.

¹⁵³ Amnistía internacional. Reporte anual, de 23 de marzo de 2001, p. 66, [recuperado el 8/06/10] www.ebscohost.com.

En el prólogo de su reporte anual, la secretaria general Irene Khan previene que: “...deben tratarse de igual manera los derechos socioeconómicos que los políticos y legales para frenar la creciente inestabilidad”.¹⁵⁴

Ana Lilia Pérez, premio de periodismo 2009, nos presenta un relato sobre la migración, que titula *Migrantes, viaje al infierno del secuestro*, donde cuestiona “*Mientras Felipe Calderón gasta millonarios recursos en la guerra contra el narcotráfico y militariza el país, los Zetas hacen del secuestro de migrantes uno de sus negocios más lucrativos*”.¹⁵⁵

En el mismo, nos relata como cientos de migrantes que se internan dentro del territorio de la República Mexicana con miras a lograr un ingreso a los Estados Unidos de América, son secuestrados por pandillas que operan a todo lo largo del territorio, con la aparente complicidad de las propias autoridades migratorias, que a decir de algunos migrantes, los venden a los secuestradores cuando acuden a ellos, o cuando acuden a policías municipales y estatales, algunos de los cuales están a sueldo, según menciona el sacerdote Pedro Pantoja Arreola, miembro del foro “Migraciones”, para después de sufrir infinidad de violaciones a sus derechos humanos, obligarlos a pedir rescate de sus familiares para poder salvar la vida.

Sus casos están documentados en los reportes que han sido hechos por los 35 albergues y casas para migrantes que coordina la Dimensión Pastoral de la Movilidad Humana de la Conferencia del Episcopado Mexicano, a la Red del Registro Nacional de Agresiones a Migrantes.

Nos relata, cómo se vende a los migrantes que no pueden cubrir su rescate, a trabajos industriales, agrícolas u otros, controlados por la mafia y que las mujeres, son vendidas a casas de prostitución en 30,000 pesos, fluctuando los rescates entre 1,000 y 5,000 pesos, sobre el 60% aproximado del total de los migrantes. Ana Lilia Pérez, tacha de complicidad homicida la actuación de las autoridades.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Khan, Irene. Amnistía internacional, reporte anual, prólogo, Source Núm. 9FY849788535. [recuperado el 8/06/10], www.ebscohost.com.

¹⁵⁵ Pérez, Ana Lilia, *Migrantes*, artículo 161881 de 31 de agosto de 2009, [recuperado el 23/03/11], www.voltairenet.org/

¹⁵⁶ Ídem.

Por otra parte, nos encontramos realmente conmovidos y llenos de indignación ante la presentación del informe 2010 de Amnistía Internacional: *“El estado de los derechos humanos en el mundo”*,¹⁵⁷ que documenta abusos en 159 países, sobre la base de que gobiernos poderosos, están bloqueando los avances en la justicia internacional con decisiones políticas; nos refiere que si bien 2009 fue un año histórico para la justicia internacional, la política del poder está agravando la brecha en la justicia global; refiere Claudio Cordone, secretario general interno de Amnistía Internacional que: *“millones de personas son condenadas a abusos, opresión y pobreza”*, y esto porque los gobiernos siguen subordinando la justicia a los intereses políticos.

Amnistía Internacional ha venido registrando casos de tortura y malos tratos en al menos 111 países, juicios injustos en al menos 55 países, restricciones a la libertad de expresión en no menos de 96 y presos de conciencia en un mínimo de 48.

Amnistía Internacional ha pedido a los Estados del G-20, Estados Unidos, China, Rusia, Turquía, India, Indonesia y Arabia Saudí, que ratifiquen el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para mostrar su compromiso.

También nos refiere este reporte, la represión creciente a la libertad de expresión en Rusia, Turquía, Turkmenistán, Azerbaiyán, Bielorrusia, y Uzbekistán; homicidios ilegítimos de las fuerzas de seguridad en Brasil, Jamaica, Colombia y México; África, Guinea y Madagascar responden a la disidencia con homicidios ilegítimos; uso excesivo de fuerza en Etiopía y Uganda lo mismo que en Estados Unidos, en su lucha contra el terrorismo. Menciona este reporte en comentario, que la cruel indiferencia ante la población civil de las fuerzas gubernamentales.

Se enlistan, entre otras tendencias: desalojos forzados masivos de personas en África; violencia intrafamiliar y agresiones sexuales en México, Guatemala, el Salvador, Honduras y Jamaica; explotación y abuso a migrantes en Asia y Oceanía; racismo y xenofobia en Europa y Asia Central.

¹⁵⁷ Cordone, Claudio. *“El estado de los derechos humanos en el mundo”*. Amnistía internacional, reporte 2010, [recuperado el 27/05/10], <http://www.amnesty.org/es/news-and-updates/brecha-justicia-global-condena-millones-abusos-informe-anual-2010-05-27>.

Por su parte Alberto Herrera, director de Amnistía Internacional, sección México, al presentar el capítulo México, destacó que la Procuraduría General de la República “*tiene importantes explicaciones que dar respecto de la acusación injustificada y motivada por razones de identidad*”¹⁵⁸ y menciona que, la evidencia recuperada sobre los migrantes, que cruzan territorio mexicano para llegar a Estados Unidos, es escandalosa, incluyendo toda clase de abusos, secuestros, amenazas, violencia sexual u asesinatos, cometidos por delincuentes y con participación de funcionarios públicos; señala que se debe garantizar que todo abuso contra un civil cometido por las fuerzas armadas, sea investigado y juzgado por la justicia civil y agrega que:

...la justicia no será una realidad mientras el Estado mexicano no tome medidas efectivas para hacer rendir cuentas a los responsables de la comisión de crímenes del pasado, a quienes cometen abusos contra las y los migrantes irregulares en el país a quienes hostigan y persiguen a defensores, a quienes agreden en ocasiones hasta la muerte a mujeres y niñas en distintos estados.¹⁵⁹

El viejo paradigma seguido hasta hoy, que nos aliena hasta el punto de no encontrar salida, nos ha llevado a ignorar los derechos humanos como base de una sana política, tanto nacional como internacional, en aras de un subjetivismo materialista y utilitario; este viejo paradigma, que debe ser sustituido en breve, si queremos lograr una oportunidad de futuro para la humanidad, se encuentra hasta hoy, en una grave encrucijada para responder a las eternas preguntas: ¿Qué somos? ¿Cuál es el sentido de la vida?

En la medida que evitemos la dispersión del concepto, a través de políticas particulares de gobierno; en la medida en que sigamos un nuevo paradigma sobre la base de un concepto inequívoco de los que son los derechos humanos y podamos encontrar un equilibrio entre el poder y la justicia— el poder como evidencia del impulso natural del hombre como especie, que tiende a sobrevivir y la justicia como evidencia del hombre cultural, que para considerarse verdaderamente humano debe vivir y equilibrar estos dos conceptos—, evitaremos

¹⁵⁸ Herrera, Alberto. *Amnistía internacional, capítulo México*, [recuperado el 16/11/10], <http://www.jornada.unam.mx/2010/05/28/politica/016n1pol>

¹⁵⁹ Ídem.

también, en esa misma medida, la depredación de los derechos y las libertades fundamentales del hombre, permitiéndole llevar un bagaje completo a pesar del cruce de las fronteras.

El sueño de extender este concepto en un contexto universal, sin fronteras, requiere de nuevas estructuras políticas, es una tarea para el derecho internacional, guiado en todo momento por un concepto de ser humano racional, cuya supervivencia se asegure dentro de la sociedad, a través de la creación cultural, dentro de la cual, el Estado de derecho garantice la justicia y la seguridad a todos en todo lugar.

Este debe ser el sueño para los jurisconsultos del siglo XXI.

Capítulo IV: Los derechos sociales.

Cuando hablamos de derechos sociales, resulta más que evidente, la confusión que resulta de la profusión de conceptos sobre derechos fundamentales y la dispersión a que se ha llegado, multiplicando *ad infinitum* estas acepciones, hablamos de derechos humanos, derechos fundamentales, derechos sociales, de primera, segunda, tercera o cuarta generación, hemos llegado a manipular los elementos implicados hasta el punto de tergiversar a los sujetos obligados o a los sujetos titulares de los mismos, hemos llegado al absurdo de pretender que un particular puede ser sujeto de oponer ante otro particular un juicio por violación de un derecho fundamental, desvirtuando con esto la naturaleza del proceso. Una autoridad puede violar un derecho fundamental, un particular comete una infracción o delito.

Cierto que los derechos sociales, son la razón fundamental de la existencia del poder público, cierto que actualmente los gobiernos soslayan su primordial obligación frente a sus ciudadanos, que consiste en el equilibrio social y el desarrollo armónico de todos y cada uno de ellos.

Es absurdo que pretendan legislar instrumentos que no busquen ese desarrollo armónico, que pretendan administrar un país y que pretendan que no es para lograr correcta distribución de la riqueza cuya finalidad es, precisamente, un justo desarrollo social y llegar al absurdo de que el poder judicial, no busque justicia en la equidad y en la seguridad jurídica para todos.

El fin último del derecho, es precisamente la pretensión de justicia. Pero resulta inaceptable que pretendan obligarse, sólo en la medida de los recursos sobrantes, cuando han distribuido el gasto público, en primera instancia, en una gran cantidad de rubros, que bien mirados, solamente representan los medios para llegar y mantenerse en el ejercicio del poder, perdiendo de vista, que el primer rubro debe ser asignado a la protección de los derechos fundamentales del hombre, referidos a todos esos derechos hoy dispersos con títulos diferentes.

Cuando en el seno de la Organización de las Naciones Unidas ONU, se crearon dos instrumentos diferentes, para dar una protección internacional efectiva a los derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos PIDCP y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC, se gestó también, una dicotomía entre la protección jurídica que ambos podrían brindar a futuro y a pesar de que los dos fueron creados para garantizar la protección de los derechos fundamentales o humanos, presentan desde su inicio, grandes diferencias.

Grote Rainer, nos explica de manera muy sencilla estas grandes diferencias, entre el PIDCP y el PIDESC, cuando nos hace referencia al art. 2º del PIDCP, dice:

Mientras que el artículo 2º del PIDCP define la obligación principal de los Estados partes en términos sencillos como la obligación de “de respetar y garantizar” los derechos reconocidos a todos los individuos bajo su jurisdicción, la disposición correspondiente del PIDESC se refiere de manera oblicua a la “realización progresiva” de los derechos garantizados por el Pacto, una realización que está además reconocida expresamente y sujeta a la disponibilidad de recursos (“hasta el máximo de los recursos de que disponga”).¹⁶⁰

Nos explica, que mientras unas generan la obligación de presentar resultados, las otras no, además de que hablando de cuestiones procedimentales, el caso es aún más grave. Sin embargo, uno de las más graves problemas, consiste en carecer de una definición, o por lo menos, de una delimitación de su contenido conceptual, así lo refiere Bolívar, Ligia, citada por Sagüés, María Sofía:

...numerosos autores coinciden en señalar la necesidad de definir el contenido mínimo esencial... de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales, como una forma de identificar las obligaciones concretas que un Estado asume al reconocer estos derechos en la legislación nacional o mediante la adhesión a un convenio internacional.¹⁶¹

¹⁶⁰ Grote, Rainer. *El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: ¿hacia una aplicación más efectiva de los derechos sociales?*, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 54, [recuperado el 12/07/13], www.juridicas.unam.mx.

¹⁶¹ Sagüés, María Sofía. *La proyección de la Jurisprudencia y resoluciones de los órganos de aplicación de derechos económicos, sociales y culturales en el plano interamericano por los tribunales constitucionales, perspectiva argentina*, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 54. [recuperado el 12/07/13], www.juridicas.unam.mx.

Por otra parte, y a este mismo respecto, La Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH, citados por Sagüés, llegan a la siguiente conclusión:

...la fijación de parámetros o indicadores adecuados (y consensuados por la comunidad internacional), contribuirá, pues, a la definición de fronteras de violación a los derechos económicos, sociales y culturales. Lo anterior permitirá ir definiendo una normativa internacional que fije criterios de tipicidad y exigibilidad que, a su vez, permitan el desarrollo de un control de derecho en estas disciplinas que, incluso, dé lugar al ejercicio de la coercibilidad jurídica por parte de la comunidad internacional.¹⁶²

Siguiendo la tónica de nuestro estudio, reiteramos nuestra opinión respecto a la unicidad de los derechos fundamentales, que son los que definen al ser humano en su perspectiva antropológica-social y de los cuales considerados como principios inamovibles, vemos como se desprenden las diversas formas de implementarlos, en cada Estado o a través de consensos internacionales, dando origen a la normatividad, tanto nacional como internacional. Reiterando, que todo es cuestión de orden metodológico.

Así, el principio aplicable para los derechos humanos, de ser un orden de valores vinculante para las tres esferas de poder, debe valer, *mutatis mutandi*, tanto para los DCP, como para los DESC, ya que en ambos casos derivan su validez, de los valores que los constituyen y legitiman, y que son reconocidos (no creados) por el Estado, y que en última instancia, definen al ser humanos y a su dignidad, siendo por esto, imposible cambiarlos, en ningún caso.

A fin de cuentas, como refiere Bobbio, el núcleo del conflicto:

no consiste en saber cuáles y cuántos son esos derechos, cuál es la índole o el fundamento de los mismos, si se trata de derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino más bien saber cuál es la forma más segura de garantizarlos para impedir que, a pesar de las solemnes declaraciones, se los viole constantemente.¹⁶³

¹⁶² Ídem.

¹⁶³ Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*, Río de Janeiro, Editora Campus, 1992, p. 30, citado por Alves Pereira, Antonio Celso, "El acceso a la justicia y los derechos humanos en Brasil", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, t. 20, julio-diciembre de 1994, p. 23.

Lo importante, en suma, es que los DESC sean justiciables, es decir, que exista la posibilidad real de exigirlos o reclamarlos ante un tribunal, mediante procedimientos establecidos como el juicio de amparo.

En la actualidad, la participación de los organismos de protectores de derechos humanos, tanto instituidos por el Estado, Comisión Nacional de Derechos Humanos CNDH, como las Organizaciones No Gubernamentales ONGs y de muchos estudiosos a través de congresos, publicaciones o declaraciones en foros nacionales e internacionales, así como las resoluciones judiciales y jurisprudencia constitucional, ha dado un gran impulso a los derechos sociales, especialmente por la vigencia del Estado social y democrático. Pues como dice Arango:

...el continente le ha apostado al proyecto neo constitucionalista, entre otras estrategias, buscando superar unos de sus mayores desafíos: la desigualdad y la pobreza. Estos grandes problemas llevan a la exclusión social a buena parte de la población de sus países.¹⁶⁴

Por otra parte, el interés del poder político, de mantener bajo su tutela y discrecionalidad, lo relativo a los derechos sociales, tratando de conservar su independencia del poder judicial, los mantiene ferozmente dentro de su esfera de competencia como políticas públicas, sujetas a posibilidad y disponibilidad; aunque las Constituciones, incorporan cada vez un mayor número de derechos sociales y de mecanismos jurisdiccionales para su protección. Gonzalo Aguilar, nos presenta casos como el de Guatemala:

donde se han hecho peticiones individuales por falta de suministro de medicamentos antirretroviral a personas portadoras del VIH/SIDA. Es el caso de Luis Rolando Cuscul Pivaral y de otras personas afectadas por el VIH/SIDA de 2005, donde se alegó como violado, *inter alia*, el derecho a la vida (artículo 4o. de la CADH) y el derecho al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 26 de la CADH).¹⁶⁵

¹⁶⁴ Arango, Rodolfo, *Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia*, aporte a la construcción de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, [recuperado el 12/07/13], www.juridicas.unam.mx

¹⁶⁵ Aguilar Cavallo, Gonzalo, *¿Son los derechos sociales sólo aspiraciones?: perspectivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, [recuperado el 12/07/13], www.juridicas.unam.mx

Nos comenta Gonzalo Aguilar, arriba señalado, que la CIDH,¹⁶⁶ reiteró la obligación del cumplimiento progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, acorde a la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales CDESC,¹⁶⁷ afirmando con esta resolución, su criterio de juridicidad y exigibilidad de tales derechos, apoyándose en principios como el de la obligación de desarrollo progresivo y la prohibición de regresividad.

Sin embargo, lo antes expresado, nos coloca más en la esfera de las políticas públicas, que de los derechos humanos.

Los derechos sociales, tienen un largo camino que recorrer, mientras sigan siendo considerados, como dice Grote: *“categoría separada de los derechos humanos, con una protección jurídica inferior”*¹⁶⁸. El mejor camino por hoy, es el Protocolo Facultativo al PIDESC, aprobado 18 de noviembre de 2008, aprobado por la ONU, en asamblea plenaria 10 de diciembre de 2008 y abierto a la firma el 24 de septiembre de 2009.

El deber de proteger y cumplir los derechos sociales, por parte de los Estados, sin embargo, queda todavía en la esfera de políticas públicas cuyo cumplimiento deberá vigilar el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales CDESC, vigilancia reducida a que ninguna persona quede fuera de los servicios prestados por el Estado de manera arbitraria, pero siempre referidos a la *“realización progresiva”*.

La protección de los derechos sociales, es una lucha que deberán dar la organizaciones internacionales, tanto estatales como las ONGs, nuevos actores en el eterno camino para conseguir el reconocimiento de los derechos humanos frente al poder público, ahora trasladado a nivel internacional.

Los derechos fundamentales o humanos deben encontrar su justo reconocimiento, como aquellos que el hombre requiere para conservar su esencia de humanidad y su dignidad como persona, reconocidos como valores

¹⁶⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 32/05. Petición 642-03. Admisibilidad. Luis Rolando Cuscul Pivaral y otras personas afectadas por el VIH/SIDA vs. Guatemala, 7 de marzo de 2005, par. 42. [recuperado el 12/07/13], www.juridicas.unam.mx

¹⁶⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones. U.N. Doc. E/1991/23, [recuperado el 12/07/13], www.juridicas.unam.mx

¹⁶⁸ Grote, Rainer, Loc.cit.

universales, en que se funda toda legitimidad de control jurisdiccional y por ende, toda legitimidad de la norma constitucional, principios que como dice Otto Bachof, “no serán cambiados legalmente en ningún caso en cuanto sea afectado el valor fundamental de la dignidad humana que los legitima”¹⁶⁹.

Continuaremos esperando, un *corpus iuris* común, pues como dijo Sergio García Ramírez en Panamá, en su informe como Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ante la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos OEA, el 5 de junio de 2007:

Si la tutela del ser humano es la decisión fundamental primordial en las Constituciones nacionales y en los textos internacionales, los dilemas se diluyen y la coincidencia surge con naturalidad.¹⁷⁰

Podemos decir, que los derechos sociales, al igual que los derechos fundamentales o humanos, en general, se encuentran en pleno desarrollo, en su tránsito hacia un verdadero derecho internacional, universal.

¹⁶⁹ Bachof, Otto, *Jueces y constitución*, traducción de Rodrigo Bercovitz, cuadernos Taurus, Taurus Ed, Madrid 1963, p. 30

¹⁷⁰ Von Bogdandy, Armin, Fix-Fierro, Morales Antoniazzi, Ferrer Mac-Gregor, coordinadores. *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, presentación, p. XIV. [recuperado el 13/07/13], www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/pl3063.htm

Capítulo V: Análisis y Conclusiones

Análisis.

Dentro de la tradición de la investigación científica, para la implementación de una teoría dentro de una disciplina de estudio, en torno a un campo conceptual determinado, se presuponen dos condiciones, de las cuales la primera es la de demostrar la necesidad de tal estudio. En otras palabras, si ya existe una disciplina de estudio que identifica, define y explica el fenómeno que constituye nuestro objeto de estudio, no hay razón para duplicar tal esfuerzo. Y la segunda, consiste en determinar el objeto de estudio, su definición y delimitación, esto es, la existencia del campo conceptual; en este punto, nos enfrentamos a la posibilidad de realizarlo y la mejor forma de lograrlo.

Por esta razón, el siguiente paso metodológico dentro del análisis de este trabajo, consiste en la determinación de la existencia del campo conceptual, en seguida habremos de determinar las condiciones de necesidad de un estudio, que determine la identidad del campo conceptual al que aquí hemos venido refiriéndonos, así como de sus conceptos constitutivos fundamentales, terminando con la confusión actual de conceptos; para pasar en seguida a las condiciones de posibilidad de realizar esta tarea y por último, trataremos de demostrar que la mejor manera posible de lograrlo, es mediante el uso adecuado de la definición, que como ya apuntamos no debe soslayar el sentido antropológico a que aluden las modernas teorías de las neurociencias y por otra parte tomar en cuenta el indispensable aspecto social, con un análisis del paradigma posible.

No olvidamos, por supuesto, que un problema de conocimiento se considera agotado provisionalmente, como apuntamos en el cuerpo de este trabajo, una vez que se ha formulado y demostrado un modelo teórico que enuncia, describe, analiza y explica el fenómeno en cuestión; en tanto no surja evidencia en contrario o un modelo que explique el mismo fenómeno de una mejor manera, pero en este punto debemos iniciar con un primer modelo de

aproximación científica que explique esta realidad tan importante para todos los seres humanos.

5.1 Argumentos que demuestran la existencia del campo conceptual

Apuntamos, que dentro del universo jurídico, existen una serie de campos conceptuales, como el Derecho Penal, Civil o Mercantil, que hacen referencia a teorías científicas como la teoría del delito, la teoría del acto jurídico, la teoría de los derechos adquiridos, que agrupan normas, modelos teóricos, etcétera, y que existe, sin embargo, un campo conceptual que los teóricos manejan “*de facto*”, pero al cual no se le ha asignado un nombre de manera expresa; este campo es el que agrupa las normas jurídicas y los estudios teóricos en torno a conceptos como: derechos humanos, derechos fundamentales, garantías individuales y otros muchos que, si bien todos los estudiosos asumen como interrelacionados, ninguno señala como un cuerpo o campo específico a la manera en de los ejemplos antes citados.

Todos los países muestran un genuino deseo de proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos, e incluso de los extranjeros, dentro de su territorio, mejorando y adaptando sus sistemas jurídicos. La prueba de ello, la hemos sustentado especialmente en el capítulo II, en donde hemos demostrado la importancia que, en cada país, se le otorga a las normas de protección de los derechos humanos, dentro del contexto jurídico.

Los grandes esfuerzos de la Unión Europea a partir del Convenio de Roma y sus protocolos, especialmente el No.11 y la Carta de Turín son una muestra irrefutable de la importancia que se le da a los derechos humanos, especialmente al conferir fuerza obligatoria o de ejecución, a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Algunos países consideran este tema de la mayor relevancia y sus sistemas procesales garantizan el ejercicio de estos derechos tanto a nacionales como a extranjeros y la justicia internacional se considera preeminente sobre la legislación local, mediante la incorporación del derecho internacional al derecho nacional,

independientemente de que algunos países de la commonwealth, representen un serio inconveniente para llegar a un sistema procedimental internacional.

Incluso, el hecho de que en algunos países, como Israel, se opine que sería prácticamente imposible mantener una estricta defensa de derechos humanos en un estado de guerra continua, o en países como África en plena transformación que esperan establecer una configuración territorial y política unificada, antes de pasar a una legislación de auténtica protección de los derechos fundamentales o humanos, evidencia la existencia de este campo conceptual.

Una prueba irrefutable de la existencia del campo conceptual la tenemos en la exposición del campo jurídico internacional, donde presentamos las preocupaciones de países dentro del derecho llamado románico europeo — español, francés, italiano y portugués—, germánico europeos(alemania), países pertenecientes al *common law*—Austria, Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido y Estados Unidos—, además de Escandinavia, Israel, Japón, India y algunos otros incluido México, todos ellos girando en torno a un mismo campo conceptual, los derechos humanos.

Por otra parte, una gran mayoría de autores está de acuerdo, en que el Estado de derecho no podría existir al margen de su protección y al menos es un ideal político, sino una realidad cotidiana. Todos ellos hacen referencia a su preocupación por insertar un sistema procesal de garantías, dentro de sus sistemas jurídicos, que aseguren la protección de estos derechos y de manera muy especial, se preocupan de establecer garantías procesales, económicas, que garanticen el acceso a la justicia. Vimos en la mayoría, la preocupación por establecer normas claras de protección de los derechos fundamentales tanto frente a la jurisdicción ordinaria como ante la jurisdicción constitucional, e incluso por la existencia de figuras como el Ombudsman, gran defensor del pueblo o equivalentes.

Por otra parte. También vimos en el capítulo segundo como una gran cantidad de autores avalan la idea del paradigma constitucionalista, para el cual, el estado de derecho nace de la reivindicación de los derechos humanos.

Creemos que, resulta concluyente, observar los esfuerzos realizados para establecer una gran cantidad de tratados, entre una cantidad cada vez mayor de países, reuniones internacionales que nos llevan al establecimiento de múltiples pactos y protocolos, la creación de cortes y tribunales internacionales tanto en Europa como en América y algunos esfuerzos en otros continentes, demostrando con ello, que a lo largo de todo el mundo, con el único fin de proteger estos derechos.

A lo largo de este trabajo, hemos analizado la opinión de algunos distinguidos autores, que quizá tienen opiniones diversas al respecto, pero todos admiten la existencia de derechos fundamentales al ser humano, independientemente del nombre que le den o de los elementos del concepto que formulan; estos autores y sus obras, son cada vez más.

Los estudios en donde se hace referencia a los derechos humanos o fundamentales, también se multiplican, como se deduce de las opiniones vertidas en los capítulos segundo y tercero.

En el punto 3.4, presentamos un análisis comparativo de las constituciones de una gran mayoría de países y vimos como todos ellos, hacen una importante referencia a los derechos fundamentales, la evidencia que se desprende de dicha tabla comparativa nos resulta particularmente relevante, sobre todo, porque consideran dichos derechos humanos como una base fundamental de dichos documentos.

En este sentido, resulta más que evidente, la existencia de un campo conceptual aún por definir, que agrupa una gran cantidad de referencias, tanto bibliográficas como de políticas públicas; tanto de organismos nacionales como internacionales; tanto de declaraciones como de tratados internacionales.

Otra prueba innegable de la existencia del campo conceptual, es la gran cantidad de organizaciones no gubernamentales (ONG's), a lo largo de todo el planeta, que mantienen una lucha incansable para la protección de los derechos fundamentales o humanos. En el capítulo segundo hicimos una larga referencia a los acontecimientos cotidianos a lo largo y ancho del planeta, que implican violaciones a los derechos humanos y que son el motivo de las luchas apuntadas

que nos estremecen en las noticias de cada día y que nos resultan abrumadores, pero que también nos evidencian todo el respaldo que obtienen de los ciudadanos, de los grupos sociales y de los mismos gobiernos.

Sin embargo, aunque son innumerables los autores, algunos de ellos muy reconocidos, que se han ocupado del estudio de los derechos fundamentales o humanos, aún estamos en espera de una teoría universalmente válida, una teoría fundada en la auténtica investigación científica, aún estamos en espera de la delimitación precisa de su campo de estudio, pero sobre todo, aún estamos en espera de la definición y delimitación de su objeto de estudio.

5.2 Argumentos que demuestran la confusión de términos

El panorama cotidiano, tanto a nivel nacional como internacional, nos dice a cada paso que la realidad del discurso no es la realidad que vivimos los seres humanos cotidianamente. Si bien, la gran mayoría de los países se muestran a favor no solamente de reconocer la importancia de proteger los derechos y libertades fundamentales del hombre, sino de establecer mecanismos para su protección y aún de participar en esfuerzos conjuntos a nivel internacional para lograr la protección universal de los mismos, la realidad cotidiana que percibimos a través de los medios de comunicación parece ser otra muy distinta.

Desde que se inician los esfuerzos por lograr la protección de los derechos humanos a nivel internacional, fue claro, que lograr un consenso sobre la definición y delimitación del concepto, era una labor casi imposible. Por otra parte, parecía más importante para las personas involucradas, llegar a la firma de un acuerdo, así fuera basado en listas a ratificar; aunque ya entonces, era lógico esperar que habrían de multiplicarse *ad infinitum*, especialmente porque ya se hablaba de derechos de primera o segunda, generaciones, emergentes, etc.

Con el tiempo, se ha venido a caer en serias contradicciones, tratando de considerar derechos universales a aquellos que emergen de un ordenamiento positivo; la confusión de conceptos, campea dentro de la doctrina, donde los diferentes teóricos, muchos de ellos con una sólida reputación internacional, nos

hablan de la diversidad de términos que se encuentran dentro de la constitución de los diferentes países y por supuesto dentro del orden jurídico internacional. Se confunden los derechos con su garantía, con la obligación del Estado de proteger su libre desarrollo, con las políticas públicas, etc., esto nos lleva hacia una crisis de credibilidad y por supuesto de manipulación. Así las cosas, cada vez es mayor la necesidad de una definición clara y objetiva que impida la manipulación política.

La mayor prueba de necesidad, es la grave confusión de conceptos dentro de la doctrina, la diversidad de términos dentro de la legislación formal, la preocupación constitucional que contrasta su deseo unificador de protección a los derechos humanos al lado de la realidad de una diversidad terminológica que la dificulta, una realidad cotidiana que también contrasta los buenos deseos, al menos en apariencia de las diferentes naciones y sus poderes políticos con la cruda realidad de la injusticia, la tortura y la muerte.

La confusión existe a todos los niveles, dentro de la terminología de los autores, dentro del ordenamiento jurídico, dentro de los discursos y dentro de los tratados internacionales, dentro de las declaraciones y los protocolos, en el orden nacional y en el internacional.

Un orden jurídico internacional, que dé verdadera protección a los derechos humanos y que, por ende, nos inicie en un verdadero Estado de derecho, parece estar muy lejos y lo mismo sucede hacia el interior de los diferentes países. Nace así la urgente necesidad de una teoría unificadora, con una clara y precisa estructura subyacente, de conceptos bien definidos y delimitados; esto al menos, nos podría garantizar el camino correcto hacia un verdadero Estado de derecho y por ende, hacia una verdadera protección de los derechos humanos. Es necesario dar una base lo suficientemente sólida al Estado de derecho y a la protección de los derechos humanos, que de verdad evite llevarnos al derrumbamiento de todo el edificio construido en su entorno, al primer vaivén político.

5.3 Argumentos de necesidad

En el capítulo segundo, tanto en lo referente a la confusión de conceptos, como a la necesidad de unificación, demostramos esta situación actual en torno a los derechos humanos o fundamentales, opinión vertida incluso por los teóricos encargados de establecer la Declaración de los Derechos Humanos, como lo apuntamos en ese capítulo, cuando hablan de que: *“Las Naciones Unidas habían encomendado a la Comisión de Derechos Humanos la casi imposible tarea de definir el significado de la expresión «derechos humanos»”*¹⁷¹. Los argumentos que demuestran la necesidad de una teoría metodológicamente sólida dentro de la tradición científica, van desde la falta de una Teoría sobre los derechos humanos, que sea universalmente aceptada y reconocida, esto es, demostrar la existencia de un campo conceptual que no ha sido suficientemente determinado, hasta la cantidad infinita de términos utilizados y la enorme confusión que esto provoca.

Encontramos referencias innumerables, que hablan de la forma indiscriminada y por demás prolífica, de aumentar el catálogo de estos derechos, lo que dificulta el esclarecimiento de su contenido, significado y alcance. No está por demás recordar la falta de un paradigma unificador a la luz del cual analizar el significado de sus conceptos. Y si como explicamos, no hay un solo criterio científicamente aceptable, que parte de la identificación del fenómeno mediante un análisis de arqueología lingüística, para la obtención de datos sobre ese fenómeno mediante la observación experimental, sistemática y verificable y, finalmente, la integración de esos datos en un modelo de definición por género próximo y diferencia específica. Nos encontramos frente a la paradoja de buscar una aplicación estricta y a nivel internacional de la protección de unos derechos que no podemos identificar con claridad y que por lo tanto hacemos descansar en las normativas constitucionales locales a falta de un criterio verdaderamente universal y nos contentamos con vigilar que cada Estado cumpla con su propio sistema normativo.

¹⁷¹ Gordon Laurent, Paul. *60 años de la Declaración de los Derechos Humanos 1948-2008*, Dpto. de Edo. de Estados Unidos, vol.13 No.11, nov. 2008. [recuperado el 22/82011] <http://photos.state.gov/libraries/amgov/30145/publications-spanish/EJ-rights-1108sp.pdf>.

Como ya dijimos en el punto 2.2, si no queremos caer en una inútil polémica de yuxtaposición de opiniones desordenadas e indefinidas, tanto en materia como en número, si lo que queremos es actuar dentro de una estricta lógica jurídica, debemos utilizar argumentos cuya identidad, medida y oportunidad ha sido satisfecha.

Hicimos amplia referencia al relativismo que priva dentro de este campo y el debilitamiento que trae consigo. También llamamos la atención de que no podemos pasar a la construcción de un derecho internacional basado en el respeto irrestricto y sin fronteras, es decir independientemente a la calidad migratoria de los sujetos, sino partiendo de la unificación de las medidas procesales de protección a estos derechos, este proceso de internacionalización, podrá llevarse a cabo, si no hemos logrado la plena identificación del significado y alcance de los mismos.

Es aquí donde hemos de insistir en identificar el paradigma a la luz del cual se deben construir las respuestas a todas estas interrogantes, para dar coherencia a los conceptos básicos y estructuras a partir de las cuales se podrá integrar una verdadera teoría de los derechos humanos o fundamentales. Un paradigma que parta del primordial derecho de supervivencia de la especie con todas y cada una de las características que integran su dignidad y sobre todo del reconocimiento de que es el hombre quien crea su propia realidad a partir de la representación y por ende de la comunicación y que todo esto no puede sino implicar una dimensión universal. Es necesario acabar con las paradojas que evidenciamos en el cuerpo de nuestro trabajo, donde, como opina Matlary, los países se condicionan respecto al cumplimiento de derechos que se niegan a esclarecer y que enlistan *ad infinitum*, propiciando su deficiente protección.

También podemos establecer, después del análisis de diversas constituciones, en países de muy diversos orígenes, que si bien, todas ellas, acogen las medidas de protección de los derechos humanos o fundamentales, también presentan una gran diversidad de términos a los que hacen referencia e incluso dentro de una misma constitución, se hace referencia a los mismos derechos de maneras diferentes.

Por otra parte, por si esto no fuera suficiente, la realidad que nos circunda pone de manifiesto, a cada momento, la necesidad real de las personas, dentro de un ambiente caótico, que no puede defender a los individuos ni dentro ni fuera de sus territorios, una realidad jurídica y política ineficiente e ineficaz y por último, no menos importante, el real deseo de todos los Estados y todas las personas, de proteger los derechos humanos sin fronteras.

5.4 Argumentos de posibilidad

Al separarnos de la historiografía y adentrarnos en el terreno de la teoría jurídica, rápidamente encontramos que, diversos autores, nos hablan de las modernas tendencias científicas, que apuntan al reconocimiento de la metodología como base del desarrollo de las distintas disciplinas, en cuanto a su papel de medio ideal para dichas tareas y a la definición como herramienta fundamental para lograrlo, o como diría Rickert, *“la definición constituye para la metodología el medio de realizar un fin científico”*.¹⁷²

De esta forma, el estudio de las diferentes disciplinas, para resolver las tareas que plantean, deben señalar en primera instancia, el método que han de utilizar. Toda vez que la ciencia, como elemento primordial de la cultura, hace referencia a un conjunto de conocimientos que, precisamente, se obtienen por medio de los diferentes métodos cognoscitivos y hacen referencia a conceptos exactos, comprobable a través de la práctica social.

El estudio científico de cualquier disciplina, debe iniciar fijando su objeto de estudio, definiéndolo, o construyendo el concepto, según se trate de algo que existe o que es creado y determinando su campo de estudio, esto es, como ya mencionamos, debe fijarse la estructura subyacente, los conceptos básicos sobre los cuales se ha de construir cada teoría y fijar los límites y alcances de la misma a través de la delimitación de su campo de estudio.

¹⁷² Rickert, Heinrich. *Teoría de la definición*, traducción de Luis Villoro, Centro de Estudios Filosóficos UNAM, México 1960, p. 19

En el sentido arriba expresado, podemos decir, que dentro de una teoría sobre los derechos humanos o fundamentales del hombre, cabe esperar que el primer acercamiento sea, precisamente el método científico. Corresponde por lo tanto, evidenciar, como bien nos señalaba el Maestro Cuanalo, tres cuestiones, “...debemos fijar: un parámetro, un valor y un criterio”¹⁷³ y nos explica que el parámetro se refiere al bien jurídico tutelado, mientras que el valor se refiere a la dimensión axiológica y el criterio se refiere a la conmensurabilidad, esto es, en qué medida se cumple con la tutela del bien jurídico referido, en este caso hablamos del ser humano como unidad inseparable de dos aspectos, ser biológico y el ser intelectual —tradicionalmente nombrado como materia y espíritu—.

En nuestro caso, el parámetro o bien jurídico tutelado son, precisamente, los derechos humanos, esenciales o fundamentales, que constituyen la esencia del ser humano, es decir, lo que lo hace humano y que constituyen, así mismo, su dignidad. El valor axiológico respecto del parámetro, sería la supervivencia de la especie humana como tal, esto es como ya apuntamos, su esencia o dignidad y su medida por tanto resulta absolutamente indispensable. Esto es, si proteger la vida íntegramente, tanto física como intelectualmente, que cubre el aspecto biológico, aunando la creación y transmisión de cultura que cubre el aspecto intelectual y que a su vez nos remite a las relaciones sociales extendidas y a la libertad de decidir conforme a principios y valores.

En resumen, establecer una teoría sobre los derechos humanos o fundamentales(parámetro), en razón de la supervivencia de la especie como tal, o sea en cuanto al valor de preservar su dignidad y la forma de asegurar su protección(medida).

Dentro de este contexto y parámetros, resulta por lo tanto no solamente posible sino indispensable la construcción científica de una teoría sobre los derechos humanos, que a nivel universal logre solucionar uno de los problemas más sentidos para el género humano.

¹⁷³ Jiménez, *Entrevista*, Loc. Cit.

5.5 Argumentos que demuestran la utilidad de la definición

Independientemente de que consideremos a la definición como la determinación de la esencia de un objeto, como la determinación del contenido de un concepto, como la indicación del sentido en que un signo es o ha sido empleado, o como prescripción o disposición sobre el sentido o forma en que debe ser empleado; independientemente también de que la definición pueda referirse a objetos, conceptos o símbolos y de tener sentido de veracidad o validez, no existe otra forma de conocer o concebir un objeto mediante su concepto y comunicarnos efectivamente a su respecto, que acudir a su definición.

La tarea legislativa no trata de la voluntad indiscriminada del legislador, sino de la determinación del deber ser en cuanto a principios y valores para la creación de las normas jurídicas; por tal motivo, la labor normativa debe estimar consecuencias que juzga indispensable prevenir o castigar, pero basado en una jerarquía de valores, lo cual valida lo esencial de las normas definitorias (lo esencial jurídico es igual a lo esencial axiológico).

Si queremos llegar a un sistema unificado que dé certeza a las personas y a los estados, que elimine la confusión y las arbitrariedades políticas, sólo podemos recurrir a definiciones que determinen el contenido de los conceptos, ya que recurriendo nuevamente a Rickert, *“La definición tiene que formar los conceptos de tal manera que a partir de ellos, se pueda construir un sistema de juicios semejante”*.¹⁷⁴

Eduardo García Máynez, citando a Walter Dubislav, menciona que son cuatro las posiciones respecto a la definición:

- A. La definición consiste, fundamentalmente, en la determinación de la esencia de algo. (Sacherklärungm explicación de lo que una cosa es).
- B. La definición consiste, fundamentalmente, en una determinación conceptual (construcción conceptual o análisis de un concepto).
- C. La definición consiste, fundamentalmente, en una aclaración o exposición (no disposición o prescripción) sobre el sentido de un signo o sobre la forma en que el mismo suele aplicarse.

¹⁷⁴ Rickert, Heinrich, *Op.cit*, p. 35

D. La definición consiste, fundamentalmente, en una disposición o prescripción (no aclaración o exposición) sobre el sentido de un nuevo signo, o sobre la forma en que debe ser aplicado.¹⁷⁵

Una definición de derechos humanos o fundamentales, en virtud de estas posturas, tendría dos términos sinónimos:

- En primer término, el de derechos humanos, teniendo en cuenta la primera y última posiciones, ya que en el primer sentido, se refiere a los derechos que resultan indispensables para conservar el valor de lo humano, cuya conservación presupone la preservación de su dignidad, sin fronteras y en la última, ya que se llegó al término por consenso internacional durante los trabajos de la ONU y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y así se le ha mencionado desde entonces, aunque su contenido no fue definido ni delimitado, sino por el contrario se recurrió a una larga lista casuística, aprobada por consenso.
- En segundo término, el de derechos fundamentales, o derechos fundamentales del hombre, que por el contrario, hace referencia a la segunda postura, pues los define como parte del fundamento de toda una estructura jurídica.

Por otra parte, creemos que la definición de derechos humanos o fundamentales, debe contener una carga esencialmente antropológica, y social, pues no existe otra forma de considerar esos derechos desligados de la esencia misma del ser humano, respecto de la cual son atributo indispensable que lo definen.

Estos derechos, como ya expresamos, son: la conservación de su integridad física e intelectual, referida la segunda a su capacidad única de crear y compartir cultura, que implica a su vez, su distintiva capacidad de crear relaciones sociales extendidas, a todas las distancias espacio temporales y la posibilidad maravillosa de decidir libremente conforme a principios y valores.

¹⁷⁵ García Máñez. *Análisis crítico de algunas teorías sobre el concepto de definición*, Loc.cit.

Estos derechos humanos o fundamentales universales, deben ser reconocidos en cada sistema jurídico, cuyas normas procesales protectoras habrán también de universalizarse para integrar un nuevo derecho internacional, pero todo esto no será posible, mientras no podamos llegar, en principio, a la elaboración de una definición como punto de partida de todo avance teórico científico.

5.5 El nuevo paradigma

Cuando hablamos de derechos humanos o fundamentales, hoy en día, ya no resulta claro el paradigma que sustenta los modelos de investigación, y existe una gran cantidad de conceptos emergentes, imposibles de explicar a la luz de los paradigmas existentes, debido a la pérdida de resolución que van sufriendo por las sucesivas representaciones, forma de comunicación y en general distorsiones de muy diferentes naturalezas.

Recordemos aquí, como Kuhn rechaza el concepto de desarrollo por acumulación, como proceso lineal de incremento permanente de conocimiento y aunque podamos diferir en el sentido de que esto si sucede cuando existe continuidad, lo cierto es que al establecerse una transformación, se establece la temporalidad del paradigma, o visión interpretativa del universo, cuyo reconocimiento universal provee de nuevos modelos de solución de problemas para los hallazgos científicos que son imposibles de sostener al tenor de los paradigmas existentes y en nuestro caso especial, el paradigma o visión interpretativa que nos provea de un nuevo modelo de solución a nuestro problema de la generación de una nueva teoría sobre los derechos humanos y la creación de un nuevo orden jurídico internacional, sobre las base del respeto a estos derechos.

El maestro Jiménez, pone énfasis en que el universo entero no es más que información potencial que se actualiza de forma fugaz y caótica, pero que adquiere significado a partir de la existencia de observadores; entonces el universo recobra

el sentido que los materialistas le habían negado, una visión científica de las cosas, pero con un análisis respecto a su significado.

El observador, entiendo, le da significado al cúmulo de información fugaz y caótica, en el momento en que la representa y la comunica, pero este proceso tras las sucesivas representaciones y comunicaciones que de alguna manera son distorsionadas por quienes pretenden obtener beneficios determinados, termina por no representar un verdadero referente.

Todas estas ideas habrán de esclarecerse, si pretendemos elaborar una teoría que sustente una verdad científica sobre los derechos humanos y un nuevo orden jurídico internacional, desde la perspectiva de un paradigma actualizado, que corresponda a esta nueva realidad, en la que se proyecta una lucha con nuevos actores sociales.

De esta forma, toda vez que una concepción científica del ser humano, de sus derechos y del fin del orden jurídico mismo, constituiría el único referente universalmente aceptable para un nuevo orden jurídico internacional, que yendo más allá de la fuerza bruta, se inserte en el desarrollo histórico del Estado de derecho y lo haga, como un proceso de búsqueda, de una protección universal de los derechos fundamentales del ser humano, resulta evidente que es prioritario sentar las bases para la disciplina capaz de proveer dicha concepción científica.

Para lograr lo anterior, este campo conceptual-jurídico hoy aún innominado, pero que reconocemos por su referencia a conceptos como: «derechos humanos», «garantías Individuales», etcétera, requiere un trabajo previo de determinación de las condiciones actuales.

Queda demostrada, si hemos de atenernos a los caminos de la ciencia, que no nos queda más que iniciar este camino desde la certeza de un nuevo paradigma, que responda a las crudas realidades y urgentes necesidades del presente siglo.

Un nuevo paradigma, que todo parece apuntar, debe considerar al ser humano como creador y responsable de su realidad, como atinadamente lo afirma

Hans Jonas en su *Principio de Responsabilidad*¹⁷⁶ y como detentador de características específicas como especie, para cuya sobrevivencia como tal debe preservar, ya que constituyen su dignidad y precisamente su conservación frente al poder político determina la posibilidad del Estado de derecho, como un verdadero equilibrio entre el abuso de poder al cual regula y los derechos de los gobernados que defiende. Una nueva lucha con nuevos actores. Repetimos un ser humano responsable por la creación de su realidad y poseedor de características específicas con las que debe sobrevivir.

Situarnos desde este nuevo paradigma, parece ser nuestra única posibilidad de construir una base unificadora y asertiva, una estructura subyacente lo suficientemente sólida para dar sustento a una teoría verdaderamente universal sobre los derechos humanos.

Es importante tener en cuenta el análisis de los diferentes paradigmas históricos, considerando el paradigma como el referente universal o la base de los modelos que, en palabras de Jaime Jiménez Cuanalo: *“explican o definen los fenómenos, ya sean matemáticos, jurídicos, sociológicos, etc., sólo que un paradigma universal sirve como base para elaborar los modelos que explican todas las cosas y que responden todas las preguntas”*.

La existencia de Dios, nos pone por ejemplo, *“fue la base de toda pregunta y toda respuesta durante el Medioevo, en cuyo caso, si nuestro paradigma no incluye la existencia de Dios, no tiene sentido preguntar si clonar seres humanos será un pecado”*.

Si el paradigma, como es el caso del determinismo materialista, no incluye la existencia del libre albedrío, ni siquiera tiene sentido preguntarse si la clonación humana, o cualquier otra cosa, están bien o mal, porque en ese modelo no hay bien ni mal, toda acción es inevitable.

Si, por el contrario, dice Jaime Jiménez C. *“suscribimos un paradigma religioso, no podemos comenzar por preguntarnos si la clonación humana será*

¹⁷⁶ [Recuperado el 4/III/2014], <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/71/171-193.pdf>

*una buena decisión científica o comercial, sin antes preguntarnos si será moral o no*¹⁷⁷.

Pero la posibilidad existe, si nos mantenemos dentro de una rigurosa estructura científica, desde la perspectiva de este nuevo paradigma.

El nuevo paradigma, nos hace ver al hombre como creador de su realidad y por lo tanto responsable de ella y está presente en las nuevas teorías neo constitucionalista que crean una realidad nueva para el viejo concepto del Estado de derecho que admite dentro del fundamento de nuestro sistema jurídico, el respeto absoluto de los derechos humanos, mismos que preservan la especie humana con todo lo que de humano representa. Hoy en día hablamos de un Estado democrático y social, cuya mayor importancia en la decisión de las personas y el bienestar del grupo social.

Por otra parte, este nuevo paradigma habla de un nuevo orden jurídico internacional, que tiene dentro de sus elementos fundamentales, el mencionado respeto a los derechos humanos de manera universal, sin fronteras.

Esta unificación a nivel internacional deberá buscar el consenso a través de normas procesales unificadas a través de tratados internacionales.

A este respecto existen opiniones autorizadas que nos hablan de una unificación y definición urgente y mundial.

A este respecto citare en Primer lugar a la Dra. Amaya Úbeda de Torres, quien nos dice *que*:

Europa y América, a través de sus organismos regionales, COE «Council of Europe» y OEA «Organización de Estados Americanos», teniendo puntos de partida distintos, han llegado progresivamente a la promoción de unos estándares de respeto del principio democrático y de los derechos humanos similares.

Así que de alguna manera no resulta tan improbable la idea de poder llegar a unificar los sistemas de protección de las derechos humanos.

Por otra parte, agrega que:

Europa y América, dos continentes y dos realidades distintas, viven, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, un proceso histórico y político que los acerca.

¹⁷⁷ Jiménez Cuanalo, Jaime M. Entrevista personal, 20 de noviembre de 2011.

Ambos ven eclosionar y reforzarse, respectivamente, sendas organizaciones regionales, en las cuales el principio democrático y el respeto a los derechos humanos van a ir quedando entrelazados.

Y nos habla de un proceso inverso de evolución:

...si Europa había sido sinónimo de respeto al principio democrático y de homogeneidad, la OEA sufre un proceso de «europeización»; si el continente americano se ha caracterizado por la inestabilidad democrática y por regímenes autoritarios heterogéneos, el COE ha sufrido, a su vez, un proceso de «americanización».¹⁷⁸

La opinión de la Doctora Úbeda, es realmente ejemplificante del doble proceso cultural que a su vez nos dibuja Häberle, procesos de formación del sistema jurídico internacional que implican el desarrollo cultural de regiones distintas, pero que se ven influidas por influencias recíprocas de aportación e incorporación. Esto nos habla de la posibilidad de llegar en un momento determinado a un código procesal tipo, utopía que parece tener visos de realidad.

En segundo lugar, Como dice el maestro Jaime M. Jiménez Cuanalo:

Solamente un concepto de Derechos Humanos que no intente torcer o contravenir la naturaleza fundamental de nuestra especie puede aspirar a una aplicación universal o, por lo menos, a una legítima protección internacional... Así, bajo esta concepción Arsológica de la humanidad, los Derechos Humanos son primero y ante todo los derechos de la especie, de la Humanidad en general, que se traducirán en derechos o Garantías, tanto como en el tipo de sistemas conocidos como Derecho Nacional o Internacional.¹⁷⁹

En este sentido, estaríamos en posición de establecer un concepto de derechos humanos, que sirviera de base para fundamentar la jurisprudencia tanto del Tribunal Europeo, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estaríamos en posición de establecer un referente universal.

Por otra parte, estaríamos en posición de dar una solución a los dos grandes problemas señalados por Janne Haaland Matlary, ya que como ella señala, si los derechos humanos no pueden defenderse sobre una base filosófica sólida, entonces estamos dejando la puerta abierta para la manipulación y

¹⁷⁸ Úbeda de Torres, Amaya. *Democracia y derechos humanos en Europa y en América*, Madrid, 2007, pp.131,323.

¹⁷⁹ Jiménez, Entrevista, Loc.cit.

deconstrucción, a manos del poder político y entonces el poder se convierte en Derecho. En este sentido, los derechos humanos difusamente considerados, sirven para la manipulación nacional e internacional de unos países sobre otros, esgrimiendo ideologías para encubrir conveniencias.

En tercer lugar, siguiendo a Peter Häberle, podemos decir que si consideramos al Derecho no como mero conjunto de principios dogmáticos, sino como producto cultural, emanado de una sociedad concreta, para proporcionar a la misma justicia y seguridad jurídicas, (específicamente a través de su principal función de dirimir conflictos), notamos que son fundamentos sin los cuales dejan de tener sentido su validez y vigencia y entonces concordamos con la teoría constitucional "*como una ciencia cultural*".

Así que, cuando Peter Häberle nos plantea que el Estado Constitucional emana de un "*doble proceso cultural*", nos señala que el primero "*temporal*", entraña un elemento "*diacrónico*" emanado de la experiencia histórica y otro "*sincrónico*", que corresponde al proceso constituyente; y el segundo "*espacial*", que se refiere a la cultura compartida, donde los diferentes procesos constituyentes han tenido una aportación al Estado Constitucional actual y donde podemos observar como los procesos culturales promueven las aportaciones e incorporaciones recíprocas.

Desde luego que cada país asimila de una manera muy particular las experiencias externas a sus patrones culturales y a su vez aporta el producto de su propia cultura. El Estado Constitucional resulta así, ser un producto pluricultural, "*sustentado en una cultura autónoma y una cultura cooperativa*".¹⁸⁰

Lo antes expuesto, nos permite considerar la posibilidad de vislumbrar un desarrollo paralelo mundial que respetando las culturas emanadas de cada Estado, tenga sin embargo un mismo referente común; un paradigma universal que considere a los derechos y libertades fundamentales, como derechos de la especie humana; y por lo tanto merecedores de una legítima protección universal, o al menos aspirar a ella. Esto implica, por supuesto, que toda consideración parte

¹⁸⁰ Häberle., Op.cit. p.21.

de la persona humana, como lo proponen las nuevas corrientes neo constitucionalistas y lo que cada cultura en particular representa es la forma de cómo garantizar esos derechos.

Considerar estos principios universales como referentes a instalar en los ordenamientos jurídicos nacionales a permear todo el ámbito constitucional y después trasladarlos al ámbito internacional; principios que funcionen como referentes universales de ponderación y que sirvan a los jueces para resolver los conflictos de aplicación de normas de derechos humanos en cada caso concreto, en razón del peso específico de los principios de que emana cada uno de ellos. Esa sería la posibilidad.

En cuarto lugar, Jeremy Rifkin dice:

El sueño americano está demasiado centrado en el progreso material personal y demasiado poco preocupado por el bienestar de la sociedad humana en general como para conservar su valor en un mundo cada vez más diverso, interdependiente y plagado de riesgos. Es un viejo sueño, inmerso en una mentalidad de frontera, que se ha quedado anticuado desde hace tiempo. Mientras el espíritu americano se agota y languidece en el pasado, asistimos al nacimiento de un nuevo sueño europeo. Es un sueño mucho más apropiado para el nuevo estadio en que se encuentra el viaje de la humanidad: un estadio que promete llevar a la conciencia global propia de una sociedad cada vez más globalizada e interconectada.

El sueño europeo pone el acento en las relaciones comunitarias más que en la autonomía individual, en la diversidad cultural más que en la asimilación, en la calidad de vida más que en la acumulación de riqueza, en el desarrollo más que en el progreso material ilimitado, en el juego más que en el trabajo duro, en los derechos humanos universales, y los derechos de la naturaleza por encima de los derechos de propiedad y en la cooperación global más que en el ejercicio unilateral del poder.¹⁸¹

Las palabras de Rifkin, representan efectivamente el nuevo sueño del hombre, alejado de la acumulación material de riquezas, centrado en el bienestar de las personas, en relaciones sociales más plenas por más justas, desechando la megalomanía del caduco sistema americano y precisamente por esto, el nuevo sueño que nace en europa, nos lleva directamente a justificar la necesidad de un

¹⁸¹ Rifkin, Jeremy, *El Sueño Europeo, México*, Ed.Paidos, Estado y Sociedad 123, 2004 pp.13,14.

nuevo paradigma universal, pero muy especialmente en cuanto a los derechos y libertades fundamentales.

Este nuevo paradigma que nos permitirá diseñar una nueva etapa histórica con responsabilidad humana, con verdadero compromiso y con un mínimo de esperanza en el futuro. Un futuro centrado en la dignidad de la persona y el respeto a sus derechos de sobrevivencia, en un estado democrático que le asegure un desarrollo armónico con los demás seres humanos y con su medio ambiente.

Un valioso comentario al respecto de lo que venimos comentando lo vamos a encontrar en las palabras del autor Hans Jonas en su obra: *Principio de Responsabilidad*, donde nos llama la atención sobre la responsabilidad que tenemos con respecto a la realidad que estamos creando y de la cual no podemos evadirnos o soslayar, nos dice:

...Esto implicaría que habría de buscarse no sólo el bien humano, sino también de las cosas extrahumanas, esto es, implicaría ampliar el reconocimiento de “fines en sí mismos” más allá de la esfera humana e incorporar al concepto de bien humano el cuidado de ellos

...Una herencia degradada, degradará también a los herederos (...) Y tal integridad no es otra cosa que la apertura a la exigencia siempre grandiosa, y que incita a la humanidad, planteada a su siempre deficiente portador. Mantenerla incólume a través de los peligros de los tiempos, más aún, frente al propio obrar del hombre, no es una meta utópica, pero tampoco es en absoluto una meta modesta de la responsabilidad por el futuro de los hombres (p. 359).¹⁸²

Esto apoya de manera importante lo que hemos tratado de explicar hasta este momento, que el hombre, al ser creador de su realidad, también es responsable de ella, dentro del paradigma naciente, que además debe asegurar la continuidad armónica de la vida, ya que la manipulación de la naturaleza, puede ser catastrófica en contra de la supervivencia íntegra del ser humano y su obligación moral para con la supervivencia de la vida humana auténtica.

Por todo lo anteriormente expuesto y con la firme convicción de que el derecho es la obra de arte más genial del género humano, es que proponemos a los grandes investigadores continuar la tarea, iniciar la construcción de una

¹⁸² [Recuperado el 4/III/2014], <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/71/171-193.pdf>

verdadera teoría de los derechos humanos, inspirados en la justicia, inserta en la reestructuración de un nuevo paradigma para dar vida al nuevo sueño de la humanidad, derechos iguales para todos y que esos derechos puedan acompañar al hombre sin importar en donde se encuentre.

Conclusiones

PRIMERA.- Queda establecido que dentro de la tradición metodológica de la investigación científica, la existencia de cualquier disciplina del conocimiento, presupone la identificación de un objeto de estudio claro y definido, en consecuencia, queda establecido que para dar nacimiento a una teoría científica sobre los derechos humanos o fundamentales, resulta indispensable definir su objeto de estudio, así como analizar y determinar claramente los conceptos básicos de su infraestructura; delimitar su campo conceptual y utilizar una metodología correcta.

SEGUNDA.- Queda establecida, después de un análisis minucioso de la legislación constitucional y de la bibliografía referente al tema —en una multiplicidad de enfoques, tanto a nivel jurisdiccional como político y social—, la preocupación de todos los países por proteger al ser humano y sus derechos sin fronteras

TERCERA.- Queda establecida, en base a las opiniones de expertos en el tema, la grave inconveniencia de permitir la multiplicidad de enfoques y una terminología difusa y confusa que multiplica indiscriminadamente los conceptos, debilitando su exigibilidad, ya que la falta de un sustento sólido, permite su manipulación y deconstrucción, lo cual nos lleva a la necesidad de unificar la terminología básica sobre los derechos humanos o fundamentales,

CUARTA.- Queda establecido que, en la medida que evitemos la dispersión del concepto a través de políticas particulares de gobierno, evitaremos también la depredación de los derechos y las libertades fundamentales del hombre a nivel particular, permitiéndole llevar un bagaje completo a pesar incluso, del cruce de fronteras.

QUINTA.- Queda establecido que –en palabras de autores reconocidos–, resulta tan importante establecer la verdad científica, como comunicarla y que esta comunicación, en la metodología científica contemporánea, continúa utilizando preponderantemente la definición. Esto nos lleva a plantear la ventaja de utilizar la definición para mantenernos dentro del campo de la ciencia.

SEXTA.- Queda establecida, sin lugar a dudas, la necesidad de considerar al ser humanos, en su carácter antropológico y social, ya que como decían autores como Hume y Kant, es su libertad como voluntad de elección, esto es, su mente racional y analítica, que le permite representar, interpretar y en consecuencia realizar juicios de valor y control de sus acciones, lo que lo define y le permite establecer reglas de comportamiento y en última instancia el derecho.

SEPTIMA.- Queda establecida la imposibilidad de explicar la gran cantidad de conceptos y teorías emergentes en torno a los derechos humanos o fundamentales, con base en los viejos paradigmas, evidentemente por la pérdida de resolución de los viejos modelos de solución de los siglos pasados.

En consecuencia, el nuevo paradigma desde el cual vamos a dar todas nuestras respuestas, está asentado sobre la supervivencia del ser humano como especie, creador y responsable de su realidad, los derechos que lo definen y cuya conservación constituye su dignidad, así mismo, dentro de un nuevo Estado democrático y social, que se construya sobre la base del respeto a los derechos humanos como límite semiológico y como presupuesto indispensable, tanto al orden jurídico nacional, como internacional.

OCTAVA.- Queda establecido, que los derechos sociales, aún se encuentran en pleno desarrollo, que la lucha por alcanzar su pleno reconocimiento, está hoy en día en manos de las organizaciones no gubernamentales, tanto nacionales como internacionales, pero que sin embargo, constituyen la razón fundamental de la existencia de los gobiernos democráticos, razón por la cual resulta inaceptable que los gobiernos pretendan obligarse sólo en la medida de los recursos

sobrantes, cuando cumplir con este objetivo debiera ser su labor primordial, antepuesta definitivamente a sus necesidades de conservar el poder, ya sea en procesos electorales o en la compra de voluntades para mantener sus funciones hegemónicas. Quedó establecido, también que hasta hoy, no existen mecanismos internacionales vinculantes y peor aún, no encontramos ni siquiera reportes de comisiones creadas al efecto o un mínimo de declaraciones y recomendaciones: por lo tanto participan de la profusión y confusión de conceptos que les resta efectividad y que por ahora, únicamente se encuentran en camino de su reconocimiento y justiciabilidad.

Propuesta

Una teoría que tenga la pretensión de universalidad, debe referirse a un concepto de derechos humanos o fundamentales, no en virtud de su inclusión en una determinada norma, sino como fundamento de todo orden jurídico, en términos filosófico jurídicos, pues de otro modo, lógicamente será variable según el país al que pertenezca; indiscutiblemente, deben hacer referencia a los derechos que determinan la calidad de ser humano, y que por ende, constituyen por sí mismos, su dignidad sin fronteras. Con esto nos referimos, a todo hombre y en todo lugar, a las características que lo definen desde el enfoque antropológico - social y desde el punto de vista de un referente paradigmático, que corresponda al caótico presente globalizado en que nos encontramos inmersos y que debe concebir al hombre: con su impulso vital de conservación de la especie, con todas sus características, como generador de su realidad y responsable de ella.

El paradigma contemporáneo del derecho, hace referencia al ser humano, a la justicia, a lo más conveniente para los individuos, no se constriñe a la letra de la ley, más bien, adapta la ley a las necesidades del ser humano y hace referencia a la función jurisdiccional –en su exacta acepción– de quien dice el derecho en relación al caso concreto, en función de su conocimiento de la ley, teniendo en cuenta, un control de convencionalidad y principios a ponderar para la aplicación al caso concreto, principios tan importantes como el principio *“pro personae”*.

La denominación, puede ser tanto la de derechos humanos o derechos fundamentales, en cuanto se refiera a su ser o a su función.

El término sin embargo, hará referencia, invariablemente, a un conjunto de características que definen al ser humano como tal y cuya preservación o integridad, constituyen su dignidad.

Estos derechos son: la conservación de una vida integra en los dos aspectos que definen al hombre, su ser físico y su ser mental; en este último consideramos su distintiva capacidad de crear y transmitir cultura, lo que implica establecer relaciones sociales (espacio-temporales) extendidas, a todas las

distancias, sin fronteras; así como la posibilidad maravillosa de decidir libremente conforme a principios y valores.

Los derechos humanos o fundamentales, deben permear de manera universal a todos los sistemas jurídicos, al menos, de los países firmantes de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*. Deben inspirar a todos los sistemas normativos que los reconozcan, definan y garanticen. Y aunque tales sistemas normativos al crear normas derivadas, normas procesales para su protección y para su ejercicio, lo hacen a partir de cada cultura distinta que los inspira, han de tender a unificarse a través de normas procesales comunes, a través de los tratados, de la jurisdicción y jurisprudencia internacionales; tendiendo como las nuevas corrientes proponen, una normatividad supranacional, que llegue a cada juez y a cada ser humano, a través de los controles de convencionalidad y de constitucionalidad, dentro de una red normativa, que permita a cada juzgador, ponderar los principios de valor en que se inspira cada norma, para que como dijo Otto Bachof,¹⁸³ el poder judicial no sólo represente un órgano de control o equilibrio frente a los otros dos poderes, ni solamente un órgano de control de constitucionalidad, sino, un órgano de control de los valores esenciales a la dignidad humana, que legitiman la norma fundamental.

Por otra parte, es importante que cada sistema normativo, a partir de los mencionados cuatro derechos fundamentales, que como principios rectores deben permear, señale claramente, defina, delimite y garantice procesalmente, cada derecho derivado de los mismos y que integran su larga lista casuística.

Hacemos especial referencia a los derechos sociales, tratados hoy como políticas públicas, con la pura exigencia de realización progresiva, sujeta a la disponibilidad de recursos, porque creemos que debe existir un control, por parte de los organismos internacionales, a través de la creación de un comité, que al menos obligue a realizar un reporte por parte de los estados, para llevar un control del avance de su protección y una declaración o informe a manera de coercibilidad internacional, para darles plena justiciabilidad.

¹⁸³ Bachof, Otto. *Ibidem.*, p. 31

Los derechos sociales son los derechos humanos comunes a grupos vulnerables y que representan la razón fundamental de ser de las autoridades gubernamentales.

Hoy en día, se hace patente la defensa que los grupos sociales necesitan e incipientemente, las organizaciones que se enfrentan a las decisiones gubernamentales, en defensa de su medio ambiente o su forma de vida.

La lucha por el pleno reconocimiento de los derechos fundamentales, debe seguir dándose, aunque hoy en día, corresponde a nuevos actores, que son los organismos internacionales, a través de los pactos firmados y las ONGs.

Por último, pero no menos importante, resulta el hecho innegable de la globalización, que genera nuevos actores políticos y que requiere de una reglamentación que proteja al ser humano sin fronteras, especialmente, frente a las redes internacionales que hoy sin límites, violenta sus derechos y que requiere de normas procesales supra nacionales. Todo esto debe forzosamente generar a la larga un sistema jurídico procesal internacional, que esperamos resulte de la gran cantidad de convenciones y tratados internacionales.

Esta es nuestra propuesta; iniciar la construcción de una verdadera teoría científica de los derechos humanos o fundamentales que nos lleve a una definición y a la delimitación del concepto, no en virtud de su inclusión en una determinada norma, sino como fundamento de todo orden jurídico, con carácter universal, en términos filosófico jurídicos y sustentada en las características antropológico sociales del ser humano.

Determinar que estos derechos se refieren a:

- Derecho a conservar una vida íntegra física y mental
- Derecho a crear y transmitir cultura
- Derecho a establecer relaciones sociales (espacio-temporales) extendidas
- Derecho a decidir libremente conforme a principios y valores

Aceptar que estos derechos humanos o fundamentales, deben permear de manera universal a todos los sistemas jurídicos, al menos, de los países firmantes

de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, y que deben inspirar a todos los sistemas normativos que los reconozcan, definan y garanticen.

Que se inicie a nivel internacional, la universalización de estos derechos, a través de normas procesales comunes, de tratados y convenciones y por supuesto, a través de la jurisdicción y la jurisprudencia internacionales.

Al mismo tiempo, esperamos que la persona humana acepte su responsabilidad como creador de su realidad y entienda que está en sus manos preservar esta maravillosa especie humana con todos sus atributos, dentro de un mundo de equilibrio biológico y social.

Fuentes consultadas

Bibliográficas

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, Consiglio Nazionale delle Recerche, Progetto Italia – Ammérica latina, Un codice tipo di procedura penale per l'ámérica latina, Roma, 1990.

Bachof, Otto, Jueces y constitución, traducción de Rodrigo Bercovitz, cuadernos Taurus. Taurus Ed. , Madrid 1963.

Beuchot, Mauricio. Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas. España: Ed. ANTHROPOS, 1994.

Bialostosky, Sara. Panorama del Derecho Romano. México: UNAM, 1990.

Bobbio, Norberto, *A era dos direitos*, Río de Janeiro, Editora Campus, 1992, p. 30, citado por Alves Pereira, Antonio Celso, “El acceso a la justicia y los derechos humanos en Brasil”, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, t. 20, julio-diciembre de 1994.

Bodenheimer, Edgar. Teoría del Derecho Trad. Visente Herrero. México: FCE, 1964.

Bourdieu, Pierre. The Purpose of Reflexiva Sociology (Chicago Workshop). Chicago: University of Chicago Press, 1992.

Cámara de Diputados. XLVI Legislatura del Congreso de la Unión. Derechos del Pueblo Mexicano. México: México a través de sus Constituciones Vol. II, n.d.

Cappelletti, Mauro. Jurisdicción constitucional de la libertad, Instituto de derecho comparado, UNAM, México, 1961.

—. La Justicia constitucional, estudio de Derecho comparado, Cap. IV, trad. Luis Dorantes Tamayo, México, UNAM, 1987.

Carbonell, Miguel. Los Derechos Fundamentales en México. México: Porrúa, 2009.

Cicerón, *Los oficios o Los deberes*, Ed. Porrúa, México 1973.

Dart, A. Raymond y Dennis Craig. *Aventuras con el eslabón perdido*, 2ª. ed. en español, trad. Florentino M.Torner, FCE, México, 1966.

Darwin, Charles. *El origen del hombre*, Caronte Ensayos, 1ª ed., Terramar, Argentina 2010.

De Coulanges., Fustel . La ciudad Antigua Trad. M. Ciges Aparicio. Argentina: Ed. Albatros, 1942.

De Quincy, Thomas . La revelión de los tártados. México: Editorial Multimedios Milenium 78, 1988.

Ricerche, Consiglio Nazionales delle. Un codice tipo di procedura penale per L' america latina. Roma: América Latina, 1990.

Dean, Mitchell. Critical and Effective Histories. Londres: Routledge, 1994.

Derrida, Jacques. Writing and Difference. Chicago: University of Chicago Press, 1978.

Díaz Revorio, Francisco Javier. El Tribunal Europeo de derechos Humanos. Madrid: Curso Doctoral, 2008.

—. los Derechos Humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

—. Valores Superiores e Interpretación Constitucional. Madrid: centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Díaz, Elias. Estado de Derecho y Legalidad democrática. Madrid: Sistema,número 125, 1995.

Ferrajoli, Luis. Derechos y Garantías, Madrid: Ed. Trotta, 2002.

Finnis, Jhon. Natural Law and Natural Rights, 2a Ed. New York: Oxford University Press Inc., 2001.

Foucault, Michael. La arquitectura del saber, México: Siglo XXI, 2003.

García Maynez, Eduardo. Axiología Jurídica y Derecho Natural, Symposium sobre derecho natural y axiología, Cetros de Estudios Filosóficos. México: UNAM, 1963.

García Morrillo, Joaquín. Derecho Constitucional, Volumen I, El ordenamiento constitucional. Derechos y Deberes de los ciudadanos, 8ª. ed. TIRANT LO BLANCH, Valencia 2010.

Garth, Bryant. Report on Common Law Countries on Procedural Law. International Congress on Procedural Law for the ninth Century of the University of Bologna, Bologna, 1988.

Garzón Valdéz, Ernesto. Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina. México: Siglo XXI Editores, 2002.

Gazzaniga, Michael S. *Human*, First Harper Perennial Edition, New York 2009

Gibaldi, Joseph co-editor. MLA Handbook for Writers of Research Papers Seventh Edition. New York: MLA, 2009.

Glendon, Mary Ann. Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse. The Free Press: New York, 1991.

Häberle, Peter. El estado constitucional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

Haland Matlary, Janne. Derechos humanos depredados. Prologo de Rafael Navarro Valls. Madrid: Ediciones Cristiandad, 2008.

Ives de la Brière, S.J. El Derecho de la Guerra Justa. México: Ed. México, 1944.

Jameson, Fredric. Postmodernism, or the cultural logic of late capitalism. New Left Review 146, 1984.

Jiménez Cuanalo, Jaime M. Arsología una ciencia del arte. Tijuana: Limite, Zona, 2008.

—. Paradigma. Tijuana, en edición.

Kelsen, Hans. Teoría del Derecho y el Estado. México: UNAM, 1988.

Kuhn, Thomas S. The structure of scientific revolutions. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

Laekey, Richard. El origen de la humanidad. Versión castellana de Victoria La Porta. Madrid: Editorial Debate, 2002.

Laporta, Francisco. Estado de derecho. Conceptos, fundamentos y democratización en América Latina. México: UNAM-ITAM Siglo XXI Editores, 2002.

Lyotard, Jean-François. The post modern condition. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984.

Matscher, Franz, *La protection judiciaire des droits de l'homme, au niveau national et international*, Rapport Introductif, International Congress on Procedural Law for the ninth Century of the University of Bologna, Bologna, 1988

Memorias del Congreso Internacional de Derecho Procesal. La protección judicial de los derechos del hombre a nivel nacional e internacional. International Congress on Procedural Law for the ninth Century of the University of Bologna, Bologna, 1988

Memorias Latinoamericanas (ASSLA), Collana di Studio Giuridici. Un codice tipo di procedura civile per l'America Latina. Roma e America. Roma: Cedampadova, 1988.

Menzel, Adolf. Calicles. México: Centro de Estudios Filosóficos UNAM, 1964.

Montemayor Romo de Vivar, Carlos. La unificación conceptual de los derechos humanos. México: Porrúa, n.d.

Morrillo, Joaquín García. el ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos 8a. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010.

Neria Govea, Miguel de J., Lacavex y M. Lucero, Aprox. al perfil ideal del docente a través del análisis de la evolución del paradigma jurídico mexicano, Letras Jurídicas Núm.14, Primavera 2012, p. 7

North, Whitehead Alfred. El simbolismo, su significado y efecto. México: Cuaderno 27 Instituto de Investigaciones Filosóficas UNAM, 1969.

Ortega y Gasset, José. Historia como sistema. España: Esparsa Calpe, 1971.

Pérez Luño, Antonio E. Los derechos fundamentales. Temas clave de la constitución Española. Madrid: Editorial Tecnos, 2011.

Pérez Tremps, Pablo. Derecho Constitucional. Vol. I. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2010.

Petit, Eugène, Tratado Elemental de Derecho Romano, Trad. Dr. José Ferránez González. EDINAL, México 1963

Pugliese, Giovanni, Apunti per una Storia Della Protezione dei Diritti Umani, Roma, International Congress on Procedural Law for the ninth Century of the University of Bologna, Bologna, 1988

Raz, Joseph. Estado de Derecho, Concepto, fundamentos y democratización en América Latina. El estado de derecho y su virtud, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Siglo XXI, UNAM, México 2002

Rickert, Heinrich. Teoría de la definición. México: Centro de Estudios Filosóficos UNAM, 1960.

Rifkin, Jeremy, El Sueño Europeo, México: Ed.Paidos, Estado y Sociedad 123, 2004

Ritzer, George. Teoría sociológica moderna. Trad. Ma Teresa Casado. España: Mac Graw Hill. Quinta edición, 2002.

Russell, Sir. Bertrand. Principia matemática, Escritos básicos I. Obras maestras del pensamiento contemporáneo. México: Origen/Planeta, 1985.

Sepúlveda, Cesar. Internacionalización de los Derechos del Hombre. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1988.

Soros, George. Tiempos inciertos. Democracia, libertad y derechos humanos en el siglo XXI. n.d.

Summers, Robert. Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina. México: UNAM-ITAM Siglo XXI Editores, 2002.

Tamayo y Salmorán, Rolando. Razonamiento y argumentación jurídica. el paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho. México: UNAM, 2002.

Ubeda de Torres, Amaya, Democracia y derechos humanos en Europa y en América, Madrid, 2007

Vallarta, José Guillermo. La Corte Interamericana de Justicia y los derechos humanos. México: Porrúa, 2003.

Wallace y Singer. Yearbook of International Organizations. Bruselas: UIA, 1995

Walker, Melissa. Cómo escribir trabajos de investigación. Barcelona: Editorial Gedisa, 2007.

Werner J. Feld. Yearbook of International Organizations. Bruselas: UIA, 1995.

Whitehead, Alfred North. El simbolismo, su significado y efecto, cuaderno 27, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México 1969.

Wilhelm, Dilthey. Historia de la Filosofía, México: FCE, 1979.

Ziech, M. Jean-Marie Henckaerts. Mass expulsion in modern international Law and Practice. USA: Martinus Nijhoff Publishers. International Journal on Minority and Group Rights, Volume 5, Number 2, 1997.

Informáticas.

<http://www.almudi.org/Articulos/ID/8159/Que-es-la-bioetica-personalista-Un-analisis-de-su-especificidad-y-de-sus-fundamentos-teoricos> Juan Manuel Burgos, “¿Qué es la bioética personalista? Un análisis de su especificidad y de sus fundamentos teóricos” de 22 de agosto de 2013: [recuperado 3/03/2014]

<http://www.un.org/es/documents/charter/chapter1.shtml>. Carta de las Naciones Unidas, *Declaración de propósitos y de principios*, [recuperado 16/06/2010].

www.edictum.com.ar/miWeb4/exegis/EXEGESIS%20D%201.1.1.pr.doc, 9/07/13

<http://www.sacred-texts.com/chr/aquinas/summa/index.htm> *Summa Theologiae*, Santo Tomas de Aquino . [recuperado 16/06/10]

www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents [recuperado 9/07/13].

www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/federalista/78.html, Hamilton, Alexander, *El Federalista*. [recuperado 11/07/13]

<http://photos.state.gov/libraries/amgov/30145/publications-spanish/EJ-rights-1108sp.pdf>. Gordon Laurent, Paul, *60 años de la Declaración de los Derechos Humanos 1948-2008*, dpto. de Edo., de Estados Unidos, vol.13 No.11, nov. 2008. [recuperado 22/08/ 2011].

<http://broquidodavid.wordpress.com/2007/04/15/aristoteles-topicos/> Aristóteles, *Tópicos I*, parte 5, [recuperado 11/07/13]

<http://www.youtube.com/watch?v=Bt6IX5PKxJY>
07 función social del arte [recuperado 09/03/2013]

http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf , Carta de los derechos humanos de la Unión Europea y el Protocolo 11, *Preámbulo*, [recuperado 16 de junio de 2010].

http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf Art.46 , Carta de los derechos humanos

de la Unión Europea y el Protocolo 11, *Preámbulo*, [recuperado 16 de junio de 2010].

www.juridicas.unam.mx/navjus/infjur/const/ Constituciones del mundo [recuperado 16/06/10].

http://www.mexiko.diplo.de/contentblob/2036938/Daten/375140/ddatei_ley_fundamental.pdf Constitución de Weimar [recuperado 16/06/10]

www.juridicas.unam.mx/navjus/infjur/const/ Constitución Australiana. Constituciones del mundo [recuperado 16/06/10]

http://avalon.law.yale.edu/18th_century/jeffcons.asp Carta de Derechos de los Estados Unidos. [recuperado 16/06/10]

www.archives.gov/exhibits/charters/const.mx Constitución de los Estados Unidos, trad. ponente [recuperado 16/06/10]

http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf *Protocolo número 11 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, número 155 del Consejo de Europa, «BOE núm. 152/1998, de 26 de junio de 1998» . [recuperado 23/08/11]

<http://www.latintrade.ru/main/esp/const01.htm#inicio> [recuperado 4/10/10]

<http://www.latintrade.ru/main/esp/const01.htm#inicio> Constitución de la Federación Rusa [recuperado 4/10/12]

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/> Constitución Española [recuperado 4/10/12]

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html> Canadá Constitution act. [recuperado 4/10/12]

<http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html> Constitución de los Estados Unidos de América [recuperado 4/10/12]

http://www.constitution.org/cons/afghan/draft_cons_eng.htm **Constitución de Afganistán** [recuperado 4/10/12]

<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm> Constitución de la Nación Argentina [recuperado 4/10/12]

<http://www.constitution.org/cons/bolivia.htm> República de Bolivia. Constitución Política del Estado [recuperado 4/10/12]

<http://www.constitution.org/cons/brazil.htm>

Constitución de la República Federal del Brasil [recuperado 4/10/12]

<http://www.constitution.org/cons/colombia.htm>

Constitución Política de Colombia
[recuperado 4/10/12]

<http://www.constitution.org/cons/germany.txt>

Ley Básica de la República Federal de Alemania [recuperado 4/10/12]

<http://www.constitution.org/cons/grenada.htm>

Orden Real de Grenada
[recuperado 4/10/12]

<http://www.constitution.org/cons/guatemala.htm>

Constitución Política de la
República de Guatemala [recuperado 4/10/12]

<http://www.constitution.org/cons/honduras.htm>

Constitución de la República de
Honduras [recuperado 4/10/12]

http://www.constitution.org/cons/iraq/iraq_cons_051012.htm

Irak [recuperado 4/10/12]

<http://www.constitution.org/cons/italy.txt>

Constitución de la República Italiana
[recuperado 4/10/12]

<http://www.constitution.org/cons/japan.txt>

Constitución de Japón [recuperado
4/10/12]

<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela [recuperado 6/10/12]

<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>

Constitución de la República Francesa. [recuperado 6/10/12]

<http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/recueils/Constitution/Constitution.pdf>

Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo [recuperado 1/10/12]

<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>

Constitución de la República de Polonia [recuperado 6/10/12]

<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/2.htm?s=>

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos [recuperado 6/10/12]

<http://spanish.peopledaily.com.cn/31618/7017077.html>. Pueblo en línea. [actualizado a las 2010:06:08.10:52 8/06/10]

www.ebscohost.com Amnistía internacional. Reporte anual, de 23 de marzo de 2001, p. 66 [recuperado 8/06/10].

www.ebscohost.com

Khan, Irene. Amnistía internacional, reporte anual, prólogo, Source Núm. 9FY849788535. [recuperado 8/06/10].

www.voltairenet.org/ Pérez, Ana Lilia, *Migrantes*, artículo 161881 de 31 de agosto de 2009, [recuperado 23/03/11].

<http://www.amnesty.org/es/news-and-updates/brecha-justicia-global-condena-millones-abusos-informe-anual-2010-05-27>. Cordone, Claudio. : *“El estado de los derechos humanos en el mundo”*. Amnistía internacional, reporte 2010, [recuperado 27/05/10].

<http://www.jornada.unam.mx/2010/05/28/politica/016n1pol> Herrera, Alberto. Amnistía internacional, capítulo México, [recuperado 16/11/10].

www.juridicas.unam.mx Grote, Rainer, El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: ¿hacia una aplicación más efectiva de los derechos sociales?, biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 54. [recuperado 12/07/13]

www.juridicas.unam.mx Sagüés, María Sofía, *La proyección de la Jurisprudencia y resoluciones de los órganos de aplicación de derechos económicos, sociales y culturales en el plano interamericano por los tribunales constitucionales, perspectiva argentina*, biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 54. [recuperado 12/07/13]

www.juridicas.unam.mx Arango, Rodolfo, *Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia*, aporte a la construcción de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. [recuperado 12/07/2013]

www.juridicas.unam.mx Aguilar Cavallo, Gonzalo, *¿Son los derechos sociales sólo aspiraciones?: perspectivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM [recuperado 12/07/2013]

www.juridicas.unam.mx Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 32/05. Petición 642-03. Admisibilidad. Luis Rolando Cuscul Pivaral y

otras personas afectadas por el VIH/SIDA vs. Guatemala, 7 de marzo de 2005, par. 42. [recuperado 12/07/13]

www.juridicas.unam.mx Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones. U.N. Doc. E/1991/23, [recuperado 12/07/13]

biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/pl3063.htm Von Bogdandy, Armin, Fix-Fierro, Morales Antoniazzi, Ferrer Mac-Gregor, coordinadores, *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011, presentación, p. XIV. [recuperado 13/07/13]

<http://photos.state.gov/libraries/amgov/30145/publications-spanish/EJ-rights-1108sp.pdf>., Gordon Laurent, Paul, *60 años de la Declaración de los Derechos Humanos 1948-2008*, dpto., de Edo., de Estados Unidos, vol.13 No.11, nov. 2008. [recuperado 22 /08/11].

<http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/71/171-193.pdf> Hans Jonas
[recuperado 4/03/14]

<http://arsologia.com/metodo/critica-del-arte.html> Entrevista 26/06/12.

<http://www.youtube.com/watch?v=Bt6lX5PKxJY>
07 función social del arte Entrevista 09/03/13

Hemerográficas.

García Maynes, Eduardo, Análisis crítico de algunas teorías sobre el concepto de definición, en *Diánoia* 4, (1958).

Garzón Valdés, Ernesto. Los deberes positivos generales y su fundamentación, en "DOXA" 3 (1986) 17-34

Laporta, Francisco. *Sobre el concepto de derechos humanos*. "DOXA" 4, (1987) 23 - 47

Magna Carta 1215. "EXEGESIS", suplemento. Hernández, José. trad. Monterrey, México. Abril de 1981: líneas 5-7.

Protocolo número 11 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, número 155 del Consejo de Europa, «BOE núm. 152/1998, de 26 de junio de 1998»

Vivas.

Mtro. Jaime M. Jiménez Cuanalo, Entrevista personal. 20 de noviembre de 2011, 10:00 hs.

Mtro. Jaime M. Jiménez Cuanalo, Entrevista personal. 20 de julio de 2013, 12:30 hs.

Dra. Yolanda Sosa y Silva García Entrevista personal y vía electrónica.

Dr. Rafael Santacruz Lima, Entrevista personal 25 de julio de 2013. 11 hs.

Dra. María Cristina Urzaiz Lares, Entrevista en línea 3 de agosto de 2013. 11:38 hs.

Mtro. Miguel de Jesús Neria Govea, Entrevista personal 25 de Julio de 2013, 11:00 hs.

Pbro. Arturo Landeros Pérez, Entrevista personal 17 de enero de 2014, 12:00 hs.

ANEXOS

(Entrevistas):

Entrevista 1

1. ¿Qué es un Paradigma?
2. Qué opina sobre el desarrollo de la ciencia y Kuhn
3. ¿Cómo se observan los paradigmas en la historia?
4. ¿Cómo ve usted la relación entre el ser humano y su realidad?
5. ¿Cuál podría ser un paradigma para este siglo?
6. ¿Qué opina sobre el estado de derecho?
7. ¿Cuál es el momento exacto en que aparece el ser humano?

Ligas: <http://arsologia.com/metodo/critica-del-arte.html> 26/06/20012.

<http://www.youtube.com/watch?v=Bt6lX5PKxJY>

07 función social del arte 09/03/2013

(Entrevistas):

Entrevista 2

1. ¿Cuál es su opinión, respecto a la relación entre una definición universal de los derechos fundamentales del ser humano y su protección judicial efectiva?
2. ¿Cuál considera el término más apropiado: derechos humanos, derechos fundamentales, derechos constitucionales, derechos asociados a cada materia, como derechos políticos, derechos sociales, etc.?
3. ¿Qué opina respecto a la realidad de los derechos humanos o fundamentales en nuestro país y a nivel global?
4. ¿Qué opina respecto a la realidad de los derechos sociales en nuestro país y a nivel global?
5. ¿Piensas usted, que los derechos sociales son tratados hoy como políticas públicas?
6. ¿Qué opina respecto a la exigencia de realización progresiva, de la sujeción a la disponibilidad de recursos y la falta de control procedimental e internacional de los derechos sociales?
7. Su opinión respecto al papel de las ONGs
8. ¿Qué tan necesario piensa que es definir y delimitar el concepto de derechos humanos o fundamentales, en general, y derechos sociales en particular?
9. Para Usted, ¿cuáles son las perspectivas de la protección de los derechos humanos o fundamentales a futuro?
1. Para Usted, ¿cuáles son las perspectivas de la protección de los derechos sociales a futuro?