

UNIVERSALIDAD Y EXIGIBILIDAD JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

LIC. RAFAEL M. VELAZQUEZ GALLEGOS

INTRODUCCIÓN

Efectuar un acercamiento al tema de los derechos fundamentales y su universalización, es una oportunidad para revisar de qué manera los países han enfrentado una de las preocupaciones de la humanidad de las últimas décadas, tras haber vivido las experiencias lamentables de la primera mitad del siglo pasado, entre los horrores de las guerras, los fenómenos xenofóbicos y los innumerables efectos de una población creciente y demandante.

Para los creadores del Estado moderno incluir en la Constitución y en las leyes la reivindicación del hombre y el respeto a su integridad y derechos, significó una de las prioridades, que –no sin grandes vicisitudes– habrían de conformar la gran agenda impulsora del proyecto de creación del Estado constitucional de derecho. Al referirse a esta etapa, Miguel Carbonell, citado por Enrique Carpizo, opina que los inicios del Estado Constitucional de Derecho se remontan a cuatro grandes acontecimientos: a) la ruptura social que provocó la tiranía del feudalismo durante el siglo XVIII; b) la independencia de las colonias americanas de Inglaterra; c) la erradicación del absolutismo y d) la aceptación de un catálogo de derechos a favor del pueblo francés. Siendo la consolidación de este último punto el modelo y fundamento de lo que hoy conocemos como Constitución y derechos fundamentales.¹

Sin embargo, a pesar de este avance, no se desarrolló el concepto de Constitución y Estado Constitucional que debió imperar a raíz de la Independencia norteamericana y de la Revolución Francesa. Predominó entonces una visión de Estado Legal que permeó a todos los países. México, en la Constitución en 1824 no introdujo ningún dispositivo que aludiera a derechos individuales, toda vez que la naciente nación demandaba en primer término, garantizar la soberanía nacional y organizar el ejercicio del poder. Será la Constitución de 1857 la que incorporará la salvaguarda de las llamadas garantías individuales y, otras disposiciones que facultaban al Estado constitucional para actuar en nombre de la República a través del Congreso y dictar leyes para reducir la desigualdad y la ignorancia; reorganizar al país, acabar con fueros y privilegios. Si bien se produjeron algunas leyes en este sentido, no alcanzó el tiempo para convertir los principios enunciados en una realidad cotidiana, al prevalecer intereses que hicieron del orden constitucional aprobado, letra muerta.

Los cambios vividos desde los albores del siglo XX en la integración geopolítica del planeta, la eliminación de los últimos reductos feudales y la adopción de otras formas de gobierno, derivadas de nuevas corrientes ideológicas, fueron la manera en que las naciones buscaron respuestas para resolver sus contradicciones estructurales y consolidar sus respectivos procesos de desarrollo.

¹ CARPIZO, Enrique, Derechos fundamentales, Interpretación Constitucional, La Corte y los Derechos. Ed. Porrúa, México, 2009. P.3

México transitó en medio de un proceso doloroso y sangriento hacia una nueva etapa en su historia, de la que resultó el surgimiento de un nuevo orden constitucional en 1917, en el que a las garantías individuales ya consagradas en la Carta Magna de 1857, se sumaron los denominados derechos sociales. Este conjunto de reivindicaciones de carácter social, sintetizaba las demandas de una población que por vez primera pretendió transformar su realidad mediante la rebelión, frente a un poder intransigente y despótico que la mantenía sin esperanza alguna para salir de su pobreza y marginación.

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, promovida desde años atrás por la Sociedad de Naciones y, al concluir la segunda guerra mundial, por la Organización de Naciones Unidas, se reafirmaron derechos intrínsecos, inalienables e irrevocables al ser humano por la sola calidad de serlo; con ello se reconoció la libertad e igualdad de derechos que toda persona puede invocar sin distinción de cualquier índole.

Después de su reconocimiento e incorporación en las Cartas Fundamentales, se crearon mecanismos de supervisión y control de su observancia por parte de los países miembros de la ONU, intensificándose el interés por ampliar el conocimiento y estudio de los derechos humanos, así como la preocupación por un respeto integral de los mismos; aunado a lo anterior, el avance tecnológico en los medios de comunicación y, en general, el proceso de unificación de regiones específicas, favorecieron el surgimiento de organismos supranacionales cuyo objeto ha sido buscar la homogeneidad en la regulación del tema en todos los países

Este tipo de integración de los sistemas jurídicos así como de la estructura judicial, ha contribuido a tener una visión unívoca del problema y ha permitido adoptar lineamientos comunes para atenderlo, pero también ha generado conflictos, en casos en que existe imposibilidad para cumplir con los compromisos contraídos a la firma de tratados internacionales o convenciones encaminadas a proteger y salvaguardar los derechos humanos. Al tiempo, la humanidad ha venido observando una evolución en la extensión de la cobertura de los derechos de las personas, buscando cubrir todos los aspectos que inciden en el desarrollo del individuo y en la convivencia comunitaria de suerte tal que, hablar ahora de derechos fundamentales o de derechos sociales fundamentales, se entienda como una categoría que los engloba a todos, buscando fortalecer la protección de una sociedad cada día más expuesta al control y manipulación del poder público por el uso de las tecnologías de la información bajo su control o, en manos de empresarios privados sin escrúpulos que, en realidades sociopolíticas como la nuestra, se han constituido en los verdaderos poderes fácticos.

I. ORIGEN Y DESARROLLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I.1 El concepto

El derecho es la facultad natural que tiene el hombre para hacer legítimamente todo aquello que lo conduce a los fines de su vida;² es también, la capacidad de hacer o exigir todo lo que la ley o la autoridad establece a favor de una persona o que le permite realizar³

Pese a que parecen antagonistas, las anteriores definiciones, contienen el elemento facultad, es decir, un reclamo justificado, ventaja o beneficio normativo como una posibilidad o permisión otorgada para hacer u omitir cierta conducta con la garantía de la protección judicial.⁴

El maestro García Máynez desde su perspectiva positivista y en un sentido objetivo se refiere al conjunto de normas impero atributivas que, además de imponer deberes imponen *facultades*⁵; Félix Trigo, sin embargo, sugiere que estas facultades no surgen sólo del derecho positivo. Algunas, dice, son inherentes a los hombres, por su sola calidad de ser humano, puesto que la persona humana es considerada como una entidad cualitativa y estimada en relación a su dignidad.⁶

Por otro lado, el derecho entendido como conjunto de normas, está conformado por diferentes motivaciones, ideologías y en general por la propia cultura del lugar que las genera; cuenta con características que las distinguen de otras normas como son, la bilateralidad, coercitividad, y el carácter de externo; hay que recordar que toda norma tiene dos elementos indispensables, es decir, la hipótesis jurídica y las consecuencias de derecho⁷ mismas que dan forma a todo ordenamiento jurídico.

Entre la existencia de una norma jurídica y el ejercicio del derecho u obligación existe un proceso llamado relación de causalidad jurídica en tres fases: a) desde la existencia o creación de la norma hasta la formulación de los supuestos jurídicos que se establecen; b) una vez realizados los supuestos jurídicos nacen los

² Cfr. El pequeño Larousse Ilustrado, Larousse, México, 1996, p. 327.

³ Cfr. Diccionario Básico de la Lengua Española, Larousse, México, 1984, p. 310.

⁴ Cfr. TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, Derecho en Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, México, Tomo II, 1991, p.930.

⁵ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 4ª ed, Porrúa, México, 1973, p.36.

⁶ Cfr. FELIX TRIGO, Ciro. "Derechos del hombre y del ciudadano" en Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskill S.A. Argentina, Tomo VIII, 1990, p. 315.

⁷ La hipótesis jurídica y consecuencias de derecho se encuentran vinculadas atendiendo a que la primera es una suposición posible o imposible necesaria para poder deducir una consecuencia o establecer una conclusión; como se puede ejemplificar con las hipótesis contenidas en los artículos de cualquier legislación en el que el encuadre integro general una consecuencia jurídica.

derechos y obligaciones concretos; y, c) concretización de los derechos y obligaciones y su cumplimiento *contingente*.⁸

Se justifica entonces el surgimiento del derecho, a partir de que se puede vincular con la necesidad de contar con un instrumento de control, armonía y de alguna forma como un intento de garantizar la propia supervivencia de un determinado grupo de personas. Este tipo de reglamentación delimita al poder y del mismo modo lo faculta; así, se va construyendo todo un andamiaje normativo cuyo objeto será regular los diferentes ámbitos de la actividad humana en sociedad; derivado de lo anterior, es preciso establecer derechos que garanticen bienes jurídicos fundamentales.

La epistemología de los derechos y de los derechos humanos o sociales nos indica que estos son estudiados desde diferentes corrientes del pensamiento jurídico: la iusnaturalista que se funda en un enfoque axiológico en que lo más importante es la justicia; y, la iuspositivista que se funda en la valoración del derecho y la validez de la norma de acuerdo a un proceso formal.

Es importante mencionar que existen otras teorías que según el enfoque dan validez a la norma. Destaco aquella otorgada por Finnis en la que los primeros principios de la racionalidad práctica o primeros principios de la ley natural son los que dan validez a la norma⁹, esta visión da sustento al surgimiento de las corrientes que anteponen los derechos humanos por encima de cualquier ordenamiento.

1.2 Derechos Humanos o Derechos Fundamentales

La referencia cotidiana al concepto de derechos humanos y que las corrientes modernas constitucionalistas prefieren denominar derechos fundamentales, resulta ya un lugar común en las preocupaciones sociales, así como referir su importancia y promover su respeto; esta conducta cada vez más generalizada ha contribuido sin duda a impulsar los procesos para el establecimiento de regímenes democráticos legitimados y sustentados en ideales de justicia y respetuosos de la condición humana y de la propia dignidad del ser humano.

En la construcción del concepto, sin embargo, prevalecen diferencias; de manera acertada Arévalo Álvarez indica lo impropio del concepto derechos humanos, refiriendo que todo derecho es humano, es decir, solo el hombre es titular de derechos y está vinculado a su capacidad de adquirir obligaciones; argumenta

⁸Cfr. ARÉVALO ÁLVAREZ, Luis Ernesto, El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos, Lupus Magister, 2ª ed, México, 2001, pp. 47-49.

⁹La teoría jurídica de John Finns es considerada como la más representativa del iusnaturalismo, ya que a partir de la ley natural desarrolla todo tipo de hipótesis del Derecho y de los derechos subjetivos.

además, que los animales, plantas y cosas son bienes jurídicos que pueden ser objeto de protección jurídica, pero todos los derechos y obligaciones relacionados con ellos corresponden siempre a seres humanos, ya que la acepción derecho y deber jurídico¹⁰ es atributo exclusivo del hombre.¹¹ Es así que se justifica esta preocupación por identificar el concepto de una manera que comprenda todas las conductas que pudieran lesionar el o los bienes jurídicos tutelados por la norma, que tengan un impacto directo en la persona o en el conjunto de personas de una comunidad social determinada, y que ha derivado en la adopción del término de derechos fundamentales.

Es por ello que estimamos que las citas y referencias que aluden al concepto de derechos humanos, están refiriéndose de manera específica pero en una visión más integral, al conjunto de derechos fundamentales construidos por la comunidad estatal para dar contenido y sustento al gran pacto social que derivó en norma suprema, lo que los convierte por su naturaleza, en derechos inmodificables, si no es, precisamente, con la voluntad del todo social.

Tomando en cuenta diversos conceptos doctrinales, encontramos a Rodríguez y Rodríguez quien los define como el *conjunto de prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todos ellos, que reconocen al ser humano considerándolo individualmente y colectivamente.*¹²

Podemos afirmar que el bien jurídico tutelado en los denominados derechos humanos o fundamentales es la dignidad de la persona, que a partir de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, quedaron afirmados como anteriores y superiores al Estado con la característica de: fundamentales e innatos, de manera positivizada.¹³

Al Estado corresponde la obligación de reconocerlos, respetarlos y defenderlos, para lo cual establece límites a los individuos, para garantizar a todos la vigencia de libertades y derechos consagrados en la norma fundamental. De esta forma, los derechos humanos son normas de derecho público constitucional que protegen bienes jurídicos fundamentales inherentes a la personalidad humana y cuya identificación y precisión es producto del desarrollo y la organización social propia de cada Estado.

¹⁰ Deber jurídico o deber legal; la necesidad para quienes va dirigida la norma de una acción u omisión, impuesta por la ley, pacto o decisión unilateral irrevocable, para servicio o beneficio ajeno y cumplimiento de los fines exigidos por el orden social humano. El fundamento inmediato del deber jurídico se señala en el orden precedente de las relaciones naturales de la sociedad, se apoya en la ley natral y/o en la natural. En CABANELAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, Argentina 1998, p. 111.

¹¹ Cfr. ARÉVALO ÁLVAREZ, Luis Ernesto, op. cit., 37.

¹² RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús, "Derechos humanos" en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, México, Tomo III, 1985, p. 223.

¹³ DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 8ª ed, Porrúa, México, 1989, p. 217.

Este concepto tiene una esencia integral, universal e incluyente con 8 características principales.¹⁴ Así, los derechos humanos son:

- Inalienables; no son susceptibles de enajenación, es decir, de transferirlos de una persona a otra.
- Imprescriptibles; tiene un carácter permanente, por lo que no pueden desaparecer o dejar de ser reconocidos.
- Universales; son de todas las personas, sin distinción.
- Indivisibles; todos ellos son únicos e importantes y no se pueden hacer preferencias de unos sobre otros o partes de uno.
- Interdependientes; todos son articulados.
- Históricos; vinculados con la historia, la política y lo social de cada Estado.
- Dinámicos; Proceso de constante evolución.
- Progresivos; no tienden a la regresión.

Los bienes jurídicos fundamentales tutelados, que de manera específica se encuentran en los listados básicos de cualquier documento jurídico fundamental, son la vida, libertad, igualdad, propiedad y la seguridad; por ello se convierten en instrumentos que promueven el respeto a la dignidad humana, que a su vez constituye el bien jurídico tutelado de los derechos humanos.

La negación de los derechos fundamentales, así como la crítica al poder público, pierde su legitimidad y su razón de ser cuando se niega la importancia del respeto a los derechos humanos; esta afirmación se expresa de manera precisa en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano al decir: *Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada separación de los poderes, carece de Constitución.*

La denominación derechos humanos, que se ha generalizado y elaborado a partir del origen de la Organización de Naciones Unidas, refiere a la naturaleza humana e implica la titularidad de los mismos sin distinción alguna.

A partir de lo anterior, consideramos a los derechos humanos como el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil,

¹⁴La enumeración que se hace respecto de las características de los derechos humanos deriva de diversos instrumentos, pactos, declaraciones y convenios en materia de derechos humanos emitidos por la ONU y otros organismos internacionales o regionales.

político, económico, social y cultural, con sus recursos y mecanismos de garantía, que se le reconocen al ser humano de manera individual y colectivamente, universales, inviolables e irrenunciables protectores de la dignidad humana.

1.3 Distintas acepciones de los derechos fundamentales

Las distintas acepciones a los derechos humanos o derechos fundamentales obedecen al tratamiento diferente de los órdenes normativos de más alta categoría, que no les otorgan los mismos mecanismos de protección y garantía.

En opinión de diversos tratadistas se dice que el idioma, el lenguaje normativo, el uso lingüístico de cada sociedad, la doctrina de los diferentes estudiosos, la diferencia cultural e incluso las posturas jurídicas, son los factores que ha-

cen ese cambio de denominación. Entre las más usuales encontramos:

-Derechos del hombre y del ciudadano: utilizado por la Declaración francesa de 1789.

-Derechos de la persona humana: locución clásica con tintes iusfilosóficos.

-Derechos individuales: imbuido del individualismo liberal propio de los inicios del constitucionalismo.

-Derechos subjetivos: denominación tomada del derecho privado que destaca a un sujeto al que de manera individual pertenecen los derechos.

-Derechos públicos subjetivos: son derechos del hombre-ciudadano que se verifican en una relación entre el Estado y los sujetos reconocidos por el ordenamiento jurídico; adquieren la naturaleza de derechos sociales.

-Derechos fundamentales: resalta la importancia iusfilosófica de estos derechos y de su carácter trascendente.

-Derechos naturales: deriva de la escuela iusnaturalista, enfatizando que los derechos humanos son supra-positivos y no concedidos por el Estado, quién solo se limita a su reconocimiento.

-Derechos innatos: contenido iusfilosófico priorizando la íntima adherencia de las facultades con la persona humana y el carácter previo a su recepción positivista por parte del derecho objetivo.

-Libertades públicas: denominación de cuño francés, público e individualista.

-Derechos constitucionales: refiere a la incorporación por parte de los textos constitucionales positivos de cada Estado con supremacía y protección jurisprudencial.¹⁵

-Derechos positivizados: aquellos que aparecen dentro de un orden normativo y que son legislados.

I.4 Evolución histórica

La importancia de los derechos fundamentales, radica en el rango establecido al interior de cada Estado y de manera fáctica, a la importancia y protección que tengan los individuos y los mecanismos garantistas establecidos en su derecho interno.

Es entonces la propia historia de los derechos humanos o fundamentales la que marca la evolución de cada Estado y por ende de su regulación y la denominación que en su momento le es aplicada. La idea de derechos inherentes al ser humano, es un fenómeno reciente y los antecedentes históricos nos son abundantes; recordemos que por ejemplo, los derechos en Grecia y Roma eran producto de la filiación y no de una característica identificada al ser humano. Sin embargo, existen algunos referentes muy importantes en torno a la protección de los derechos del individuo o del grupo social frente al soberano como lo son: la Carta Magna de 1215 de Inglaterra¹⁶; la más relevante; la Petición de Derechos de 1627, igualmente en Inglaterra y en el mismo tenor que la anterior, por la que un parlamento disponía la imposibilidad para que el monarca recaudara impuestos sin la aprobación de aquel; el Habeas Corpus de 1679 y el Bill of Rights de 1688 que no son sino manifestaciones reiteradas de rechazo a las arbitrariedades del absolutismo con que los monarcas pretendían seguir gobernando, no obstante los compromisos contraídos desde la Carta Magna; la Declaración de Virginia de 1776¹⁷, entre los más sobresalientes, son los que dan surgimiento a la concepción de derechos fundamentales que ahora concebimos; y que en realidad reflejan una conquista

¹⁵Cfr. BIDART CAMPOS, German y CARNOTA, Walter, Derecho Constitucional Comparado, tomo II, Ediar, Argentina, 2000, pp. 8 y 9.

¹⁶Es considerada como el documento más trascendente de la historia de las constituciones, pues por vez primera se acotan las facultades del soberano, y se crean las precondiciones para que se fueran imponiendo casa vez más las libertades y los derechos civiles. Al imponérsele al rey Juan I de Inglaterra por la confrontaciones existentes entre los nobles normandos y los anglosajones, éstos se imponen y mediante este documento un consejo o parlamento limita al poder y establece disposiciones generales como la sujeción a un proceso para juzgar a un individuo o bien, establecer la separación de la iglesia y el Estado, entre otras.

¹⁷Redactada para acompañar la Constitución del Estado de Virginia, en sus 18 artículos se enumeran derechos próximos a la noción moderna de derechos sociales fundamentales: igualdad de todos los hombres, separación de los poderes públicos, primacía del poder del pueblo y sus representantes, libertad de prensa, subordinación del poder militar al poder civil, derecho a que se haga justicia, libertad de culto; traducido al francés, este texto se dice que influyó al Comité redactor de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, durante la Revolución Francesa de 1789

del pueblo frente al poder, por la que establecían obligaciones para los detentadores del mismo. Son los documentos más representativos en esta evolución, que aportaron garantías trascendentes, sin menoscabo de la valía de unos y otros.

Francia llegaba hacia 1789 a vivir los momentos más críticos y dramáticos de su historia; la incapacidad de las clases gobernantes (nobleza, alto clero y burguesía) para hacer frente a los problemas de Estado, el derroche de recursos públicos y los excesos atribuidos a la monarquía que se tradujeron en una brutal carga de impuestos, el empobrecimiento de los trabajadores, fueron el caldo de cultivo para que la agitación intelectual alentada por la Ilustración y todos los actores que concurrieron en esa etapa crucial conocida como el Siglo de las Luces, irrumpieran en la escena para derrocar al antiguo régimen al estallar la Revolución Francesa.

Es bajo estas circunstancias y antecedentes que entre el 20 y el 26 de agosto de 1789 se discute y aprueba, en una agitada Asamblea Nacional Constituyente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Es esta la primera etapa en que se suele dividir la Revolución Francesa¹⁸; este documento cuenta con diecisiete numerales en los que se engloban derechos como la libertad personal, de propiedad, de igualdad, seguridad, resistencia a la opresión, entre otros. En su exposición de motivos, señala que los males públicos y la corrupción de los gobiernos se originan por el olvido, la ignorancia y/o menosprecio de los derechos del hombre, resolviéndose en consecuencia, declarar y reconocer derechos naturales e inalienables del hombre, en el ámbito del Estado.

No menos relevante fue, pese a la distancia, el referente de la guerra de Independencia estadounidense cuyo, influencia se hizo patente tanto en Europa como en América. La Constitución Federal de los Estados Unidos de América, promulgada en 1787 y adoptada oficialmente dos años después, fue criticada por la ausencia de una declaración de derechos del hombre, Este tipo de cuestionamientos provocó que el Congreso preparara un apartado de garantías individuales, que fue votada en 1789 y ratificada por los Estados miembros en 1791 denominado Bill of Rights¹⁹. De las 12 enmiendas enviadas, finalmente 10 alcanzaron el número de votos necesarios para su ratificación.²⁰ Establecieron la libertad de religión, libertad de expresión, de reunión y petición; la libertad de llevar y poseer armas, el derecho a un juicio justo y con jurado, la garantía de legalidad y la de seguridad jurídica entre otras.

¹⁸ Asamblea Constituyente de 1789-1791, Asamblea Legislativa 1791-1792, La Convención y Proclamación de la República de 1792-1795 y El Directorio de 1795-1799.

¹⁹ SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos* 12ª ed, Porrúa, México, 2010, p. 124.

²⁰ CIENFUEGOS SALGADO, David. *Historia de los Derechos Humanos*. Apuntes y textos históricos, Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero, México, Gro, 2005. p. 52.

Durante el siglo XIX, se fue dando una redistribución geopolítica en el planeta conforme los movimientos independentistas fueron ganando terreno y con ello, las reivindicaciones sociales surgidas tras largos períodos de sometimiento colonial, en muchas circunstancias, con características ominosas para las poblaciones. En México como en otras naciones americanas, la abolición de la esclavitud y la igualdad de derechos, fueron banderas de los movimientos de emancipación.

Iniciado el siglo XX, el mundo vivió nuevas experiencias bélicas que pusieron al desnudo la fragilidad de los Estados y de sus regímenes políticos, pero sobre todo de los ciudadanos y en general de las poblaciones. La revolución bolchevique da fin al último gobierno zarista, de corte feudal, y junto con la revolución mexicana saludan al nuevo siglo pagando altísimas cuotas de sangre de millones de sus pobladores para lograr arribar a una nueva relación social más justa y equitativa.

A las garantías individuales, de corte liberal consagradas en la Constitución de 1857, los congresistas constituyentes mexicanos de 1917 incorporarán a la Carta Magna, -en medio de una fuerte confrontación entre conservadores y liberales- el conjunto de garantías sociales que buscaban mejorar las condiciones de vida de la población marginada, tanto de la urbana como la rural y, particularmente, de las poblaciones indígenas despojadas durante el largo período colonial y la primera etapa de vida independiente.

En el ámbito internacional, la situación prevaleciente en cuanto a derechos humanos no era mejor. Dos conflagraciones mundiales habrán de dar cuenta del grave deterioro de las relaciones entre las naciones, donde los grandes intereses en juego disputaban la geografía mundial sin importar las vidas de sus poblaciones.

Concluida la segunda guerra mundial, se constituyó la Organización de Naciones Unidas en 1945, cuya carta fundacional habría de contener entre sus objetivos, el de promover el desarrollo de los derechos humanos.

Los antecedentes de esta iniciativa se remontan al 12 de julio de 1941 con la Declaración de Londres, firmada por los representantes del Reino Unido, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, y Sudáfrica, además de los gobiernos en exilio de Bélgica, Checoslovaquia, Grecia, Luxemburgo, Noruega, los Países Bajos, Polonia, Yugoslavia y Francia²¹. El documento se pronunciaba a favor de la concertación de la paz de forma conjunta, estableciendo que la única base duradera era la cooperación voluntaria de todos los pueblos libres, para evitar la amenaza de una agresión y mantener la paz.

El Primer Ministro Británico, Winston Churchill y el Presidente de los Estados Unidos, Franklin D. Roosevelt firmaron el 14 de agosto de 1941 la *Carta del*

²¹Organización de Naciones Unidas, *Documentos históricos*, versión electrónica en www.onu.org/.

Atlántico, en la que hacían referencia a que después de terminar la guerra, esperaban ver establecida una paz que ofreciera a las naciones seguridad y que sus habitantes vivieran libres del temor; la necesidad de que todas las naciones del mundo renunciaran al uso de la fuerza; y, finalmente, establecía la voluntad de los firmantes de promover la colaboración entre las naciones para lograr mejores condiciones de trabajo, adelanto económico y seguridad social.

El 1 de enero de 1942, fue firmada por 26 representantes de otros tantos países la *Declaración de las Naciones Unidas*, donde se estableció el compromiso de proseguir juntos la lucha contra las potencias del Eje. En este documento se utilizó por primera vez el nombre de *Naciones Unidas*.

La creación de la Organización de las Naciones Unidas se empezó a proyectar en la Conferencia de Dumbarton Oaks que terminó el 7 de octubre de 1944. Entre los principales logros se cuenta la instalación de un órgano esencial, el Consejo de Seguridad, cuyo objetivo es conservar la paz del mundo. En la Conferencia de Yalta, en febrero de 1945, se especificó la forma de votar en dicho órgano. Finalmente entre abril y junio de 1945 se llevó a cabo la Conferencia de San Francisco, que avanzó en lo acordado en las dos Conferencias precedentes, e incorporar enmiendas propuestas por varios gobiernos. Esta Conferencia forjó la *Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, que fueron aprobados por unanimidad y firmados por todos los representantes, entrando en vigor el 24 de octubre de 1945.

Finalmente, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, surgió al terminar la segunda guerra; su elaboración a cargo de la Comisión de Derechos Humanos, integrada por 18 miembros, estuvo encabezada por Eleanor Roosevelt²², quien aportó ideas fundamentales de los principios básicos.

Uno de los principales autores fue René Cassin, quien inspirado en los principios de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 retomó derechos de carácter civil, políticos, económicos, sociales y culturales; el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General aprobó con 48 votos a favor, 8 abstenciones y ninguno en contra, el proyecto de Declaración. Para César Sepúlveda, el documento fue de gran importancia puesto que logró entre muchas cosas familiarizar a los Estados parte, con la noción de derechos humanos a nivel internacional²³

Pese a que este documento no tuvo el carácter de tratado, acuerdo u otro instrumento de carácter internacional obligatorio o vinculante entre los Estados parte, *su importancia radicó en la universalidad de sus principios*, así como en la reafirmación de derechos inalienables a todo individuo por la *sola calidad de ser humanos*.

²²CIENFUEGOS SALGADO, David, op. cit., p. 61.

²³SEPÚLVEDA, César, *Derecho Internacional*, décimo sexta edición, Porrúa, México, 1991, p. 513.

El reconocimiento de derechos civiles y políticos a lo largo de la historia constituye un fin y límite al ejercicio del poder, que a veces de manera implícita o explícita constituye una exigencia de la dignidad humana estableciendo de alguna forma un límite a la soberanía y el ejercicio del poder estatal.²⁴

En la actualidad en todo Estado democrático se establece como requisito imprescindible el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, independientemente de la denominación que cada sistema jurídico les otorgue.

I.5 Fundamento de los Derechos Humanos o Derechos Fundamentales

Los derechos humanos o derechos fundamentales se incuban en un ideal democrático, Zamora Grant destaca esta característica y menciona que son el pilar sobre el que reside toda organización estatal que se basa en el respeto al derecho y la consagración de intereses que el mismo tutela, agrega que los estados organizan sus ordenamientos tomándolos en cuenta y de esta forma ponen límites al ejercicio de las instituciones, gobernantes y en general al poder estatal a favor de la dignidad humana de los gobernados.

El establecimiento de garantías y límites al poder, obedece a la necesidad de frenar los abusos y transgresiones a los más elementales derechos y que merced a la lucha de los más débiles, enfrentando a estas injusticias, ha sido posible elevarlos a un nivel jerárquico normativo, inclusive de orden constitucional; por ello, el fundamento principal de estos derechos humanos es la naturaleza combativa y la dignidad, inherentes al hombre.

Cicerón encuentra el fundamento de los derechos del hombre en la denominada recta razón que es la encargada de discernir lo bueno como lo justo y verdadero, de lo malo, entendido como lo injusto.

Es la propia naturaleza del hombre la que otorga la titularidad a estos derechos fundamentales, universales, e irrenunciables; surgen entonces de la propia esencia del hombre. Se puede afirmar desde esta perspectiva iusnaturalista, que estos derechos no existen por voluntad del Estado, sino por el hecho de ser de la persona humana. De esta suerte, la naturaleza de los derechos fundamentales impone cuatro obligaciones incontrovertibles al Estado:

-Reconocerlos; de manera real, fundamental e igualitaria para todos los individuos;

²⁴Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales*, UNAM-IIJ, México, 2003, p.4

- Promoverlos; deben de darse a conocer constantemente para poder lograr un mecanismo de protección óptimo;
- Tutelarlos; deben de ser protegidos y oponibles ante toda la comunidad internacional;
- Respetarlos; con el fin de proteger efectivamente la dignidad humana ante cualquier violación;

Vemos entonces que para algunos estudiosos del Derecho, la fundamentación se vierte principalmente en dos direcciones; la primera de ellas refiere a la ley natural que es la que da fundamento absoluto; y, la positivista, que determina la fundamentación en relación a lo establecido en las leyes:²⁵

Otros tratadistas estiman que se deben considerar tres dimensiones en la determinación del fundamento de los derechos humanos; la primera de ellas se refiere al valor axiológico, ó filosófico; la segunda, considera a los derechos humanos como figuras jurídicas independientes, aludiendo así a la institucionalización que se sostiene a partir de una estructura normativa; y, finalmente, una dimensión política o consensual que habla de la interpretación de dichos derechos en un institucionalismo colectivo:²⁶

Un planteamiento similar expone Nogueira Alcalá, quien refiere una fundamentación dirigida en tres posiciones: a) Filosófica; referente al ámbito axiológico, que implica un estudio como valores fundamentales que concretizan la dignidad humana y las exigencias éticas de libertad, igualdad y paz; b) Ideológica; constituida en la concepción e idea de derecho que inspira una sociedad política y como un Estado instrumentista, que organiza un sistema democrático; y, c) La científica, que ve a los derechos humanos, como una rama de estudio y análisis de la ciencia del derecho.²⁷A partir de estas tres dimensiones se pueden fundamentar los derechos humanos de acuerdo a teorías iusnaturalistas y al objetivismo jurídico.

Existe también la fundamentación de forma, entendida como la necesidad de transformar los derechos humanos en derecho positivizado; la fundamentación en contenido y estructura, relacionados, en la que se ven involucrados elementos de autonomía y democracia. En este mismo orden de ideas, la fundamentación positiva o formal se refiere al establecimiento de un ordenamiento jurídico:²⁸

²⁵ Cfr. ZAMORA GRANT, José, Introducción al estudio de los derechos humanos, Gudíño Cicero, México, 2007, pp. 20 y 21.

²⁶ Cfr. ALEXY, Robert, Teoría del discurso y derechos constitucionales, Fontamara, México, 2007, p. 47.

²⁷ Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, op. cit., p.9.

²⁸ Se encuentran teorías realistas, críticas y trialistas en los que destacan Ferrajoli, Recaséns Siches, Bidart Campos y que versan sobre diferentes dimensiones de la norma pero siempre como el medio que da fundamento.

De esta forma los derechos humanos o fundamentales son los consagrados en la Constitución u ordenamiento jurídico de más alta categoría desde una perspectiva formal; y en una perspectiva material, son todos aquellos inherentes a la persona humana considerada ya en forma individual o colectiva. Para Silva Meza y Silva García, los derechos fundamentales se han clasificado en dos criterios: el criterio funcional que divide en 4 grupos (civiles, políticos, sociales y colectivos) y el criterio estructural, que alude a 3 grupos (derechos de defensa, derechos de participación y derechos de prestación);²⁹ y que consideramos una de las más recurridas para su estudio debido a su claridad.

La teoría axiológica retoma y hace propias las ideas fundamentales del derecho natural; parte del presupuesto de que existen normas anteriores a la formación del grupo social y de la propia organización del Estado. Los derechos fundamentales son inherentes al ser humano; el derecho natural otorga la validez de su existencia, independientemente si el derecho positivo los reconoce o no; por tanto, los derechos fundamentales existen antes de la creación del Estado.

Este rasgo distintivo, -el fundamento axiológico-, es especialmente notable en declaraciones de derechos fundamentales como el Bill of Rights de 1689, la Declaración de Virginia de 1776, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, la propia Declaración de derechos del hombre de 1948, por mencionar tan solo a los documentos fuente de los derechos del hombre.

Por otro lado, para la teoría positivista los derechos humanos o derechos fundamentales, en la visión de Silva Meza, son derechos públicos subjetivos y su fundamento se encuentra en el ordenamiento de más alto reconocimiento que generalmente se denomina Constitución y que constituye el más alto e importante documento jurídico del cual emanan las directrices de todas las normas secundarias.

Los derechos fundamentales se consideran creados por el Estado, son reconocidos, otorgados y garantizados por el ordenamiento jurídico. Aunado a este acto de creación, debido a su jerarquía son oponibles a los poderes públicos, y se debe de considerar como función esencial del poder legislativo, la creación de normas y, del poder judicial, la protección de cualquier persona que se encuentre en su jurisdicción.³⁰

A partir del movimiento constitucional contemporáneo, los derechos fundamentales, abarcan los conceptos de derechos humanos o derechos sociales, ya que han sido construidos y sustentados a partir del principio democrático, que es

²⁹SILVA MEZA Juan N. y SILVA GARCÍA Fernando. *Derechos Fundamentales*, México, Ed. Porrúa 2009, pp.1 y 2

³⁰Cfr. SILVA MESA, Juan N. id. P.6,7

el mismo que crea la Constitución, en el ejercicio de la soberanía del pueblo y la delimitación del poder del gobernante. Por ello, los ahora también reconocidos como derechos fundamentales, resultan indispensables y aún más inamovibles, en el sistema jurídico democrático de un Estado.

II. UNA INSTITUCIÓN EN DESARROLLO

II.1 Evolución del concepto

La corriente moderna relativa al estudio del constitucionalismo y el garantismo, en la interpretación de Luigi Ferrajoli, define los derechos fundamentales en expectativas positivas (de prestaciones) ó negativas (de no lesiones) que se atribuyen a las personas, ciudadanos, o personas con capacidad de obrar, de forma universal e indisponible.³¹ Considera que la separación entre garantías y derechos no implica la exclusión de derechos fundamentales y la separación con derechos patrimoniales se hace únicamente para estudio, puesto que considera los derechos fundamentales, universales e indisponibles.³²

La democracia constitucional, abunda Ferrajoli, tiene su paradigma en la filosofía contractualista en un doble sentido: por un lado, las constituciones son contratos sociales, pactos fundantes de la convivencia civil generados a través de los movimientos revolucionarios, que de esta manera se han impuesto a los poderes públicos, con lo cual se legitiman; por otro lado, en el sentido de que la idea del contrato social es una metáfora de la democracia política que alude al consenso de los contratantes, vale para fundar una legitimación del poder político desde abajo, pero el contrato conlleva la cláusula de tutelar precisamente los derechos fundamentales por parte del soberano, lo que provocaría la ruptura del pacto en caso de violación por éste, legitimando así el derecho de resistencia.

De este modo se revelan las ascendencias teóricas de los derechos fundamentales. Hobbes planteaba en su paradigma de respeto a la vida, como el derecho inviolable de cuya tutela depende la superación del estado de naturaleza y la justificación del gran Leviatán, que llamamos República o Estado; estima Ferrajoli que en definitiva, la configuración del Estado como esfera pública instituida y garantía de la paz, y al mismo tiempo de los derechos fundamentales, nació precisamente con Hobbes.³³

³¹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2009, 287-381.

³² Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, p. 145.

³³ FERRAJOLI Luigi, *op.cit.* pp.304-306

II.2 Clasificación

Con objeto de organizar el estudio y comprensión de los derechos humanos y en general, de los derechos fundamentales, los tratadistas han utilizado una serie de clasificaciones diseccionando su naturaleza; así, vamos encontrando referencias en torno a su objeto y finalidad; bien jurídico tutelado; ejercicio de los derechos; tipo de relación jurídica que suponen; estructura; valores protegidos; pactos internacionales; y, evolución histórica de acuerdo a su aparición. De esta manera, su evolución y conocimiento se ha dividido en tres grupos principales, sin embargo, debido a la progresividad de los mismos, algunos doctrinarios hacen una cuarta y hasta una quinta clasificación.

El hablar de las generaciones de derechos humanos, es decir, el utilizar esta clasificación hace evidente el desarrollo del concepto, pero también de las sociedades y las conquistas culturales que reflejan su progreso y que, necesariamente, identifica a los mecanismos de protección que cada Estado ha erigido en su defensa.

Primera Generación.- Podemos referir que esta primera clasificación tiene su origen en las declaraciones del constitucionalismo a finales del S. XVIII, en algunos casos son conocidos como derechos civiles y políticos.

En ellos encontramos a todos aquellos mínimos referentes a la persona, como son la vida, la libertad, la igualdad, la libertad de prensa, la libertad de culto, de reunión, de asociación; el derecho de petición, la propiedad privada, la libertad física.

Esta categoría de derechos se caracteriza por arrojar al Estado obligaciones y establecer mecanismos de control del poder y de protección y defensa en caso de transgresión.

Las declaraciones del siglo XVIII difundieron y popularizaron este tipo de derechos; es por ello que, en la mayoría de los ordenamientos de los Estados, encontramos un catálogo con estos derechos que se pueden sistematizar en todo lo relacionado con la vida, la dignidad, la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la propiedad; los que a su vez se pueden considerar indispensables para el desarrollo de la vida en sociedad y la sobrevivencia en el Estado moderno.

La vida, es la base de todo catálogo de derechos, puesto que es la vida misma la que permite la exigencia y respeto de los demás derechos y que en una ponderación en cuanto a su origen, es el derecho a la vida el primigenio.

El derecho a la vida, implica para el Estado la obligación de protección de la misma ante terceros, está contemplada en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos dentro de los primeros artículos. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo tercero señala “Todo individuo tiene

derecho a la vida... ”³⁴ , la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo cuarto menciona “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente... ”³⁵ en esta disposición encontramos más precisión y amplitud; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo sexto señala “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente... ”³⁶ , es importante mencionar que este derecho humano está protegido por las leyes pero tiene sus restricciones y sus sanciones por la vulnerabilidad a la misma.

La importancia de la dignidad humana, se ve reflejada en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el que la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y que la propia Declaración añade el valor e igualdad de las personas.

Segunda Generación.- Con el amanecer del siglo XX, se despierta también un sentimiento de solidaridad gremial o de clase que pone su acento en las fuertes disparidades de las formas de vida de la población, aún dentro de una misma unidad Estatal. Se cuestionaron entonces las declaraciones de derechos del hombre que se habían promulgado, que fueron para muchos, sueños y promesas no cumplidas, en medio de realidades socio-económicas que distaban de contar con las condiciones mínimas requeridas para gozar de un pleno uso y disfrute de esos derechos.

Algunos autores denominan a esta etapa como del surgimiento del derecho constitucional social, es decir, los movimientos de orden político que se suscitaban en el mundo tenían un ingrediente ideológico encaminado a generar en las sociedades un estado de justicia social, capaz de establecer un equilibrio entre los procesos económicos, sociales y culturales.

En este periodo surgen importantes y destacados ordenamientos que consagraron un conjunto de derechos y les otorgaron el grado de garantías sociales, quedando incorporados en las Cartas Fundamentales de naciones como México, Rusia, en vías de convertirse en la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, y Alemania; así fueron transformadas y enriquecidas con esta nueva visión la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la Constitución Bolchevique en 1918 y la Constitución Alemana de Weimar de 1919.

³⁴Declaración Universal de .. <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml> Naciones Unidas (sito oficial) 20 noviembre de 2010, 14 horas

³⁵Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>

³⁶Disponible en: <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>

Derivado de los movimientos sociales que las precedieron, se produjeron las disposiciones, incorporadas en las respectivas constituciones, mismas que recogieron muchas de las banderas de las luchas realizadas, reivindicando entre otros, el derecho a la seguridad social; derecho al trabajo; derecho a igual salario por trabajo igual; derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria conforme a la dignidad humana; derecho a fundar sindicatos y afiliarse en defensa de intereses de clase; derecho de huelga; derecho al descanso y el tiempo libre; derecho a un nivel adecuado de salud y bienestar; derecho a seguros de desempleo, enfermedad, vejez, invalidez; derecho a la protección de la maternidad y la infancia; derecho a la educación universal, laica, obligatoria y gratuita; derecho a participar en la vida cultural de la comunidad, entre otros. Es con esta generación de derechos fundamentales consagrados, que comienza a tener sentido el concepto de derechos sociales fundamentales.

Tercera Generación.- La nueva generación de derechos reflejan el avance y evolución en el desarrollo de las sociedades, las que incorporan a la lista de derechos fundamentales, los que se han constituido como el centro de las demandas ciudadanas en el último cuarto de siglo de evolución. Las preocupaciones sociales se dirigen ahora a nuevos e importantes referentes: la autodeterminación, el medio ambiente, la paz y el desarrollo. El esfuerzo se ha orientado a obligar al Estado a crear condiciones óptimas para el ejercicio de estos derechos, los que ahora identificamos como nuevas aspiraciones de los pueblos, reflejo de demandas pendientes en los diferentes procesos de desarrollo, o nuevos fenómenos sociales surgidos como consecuencia de las formas de relación de una nueva etapa histórica. Así, nos referimos al derecho a la paz; el respeto a los derechos indígenas; la preservación de los recursos naturales; los asentamientos humanos; la protección al ambiente; la protección de los usuarios y consumidores; la información y transparencia; y, la autodeterminación de los pueblos; entre otros.

Dependiendo del nivel de desarrollo del país, estos derechos se ven menor o mayormente consolidados, lo cual estará determinado por la creación de un conjunto de condiciones favorables para su realización.

Uno de los puntos de partida para la creación de esta clasificación surge posterior a la conferencia de Estocolmo de 1972, y se valoran los factores multiétnicos y multiculturales³⁷

³⁷En África, Asia y el denominado Medio Oriente se encuentran estas vicisitudes por razones de religión y cultura. Son territorios en el que conviven culturas milenarias como la china, la hindú y la árabe y que aunadas a las tradiciones y costumbres de cada zona, hacen difícil y casi imposible un planteamiento de derechos humanos y la regionalización para la creación de mecanismos de protección de los mismos como la occidental. El hecho de que no encontremos un catálogo similar o en el mismo sentido que el Occidente, no significa que para ellos no existan; solo que bajo el lente del estudio Occidental están determinados a partir de sus bases filosóficas fundamentales. Tal es el caso del Derecho de países en donde predomina el Islam y en que tomando en cuenta el Corán afirman que siempre han existido derechos humanos.

III. DERECHOS DE TODOS

III.1 La universalidad de los derechos fundamentales

Ferrajoli plantea un punto de vista que pudiera señalarse como el talón de Aquiles en la construcción de todo este complejo sistema de derechos fundamentales. En todos los cuerpos normativos sobre el tema, pero sobre todo a partir de las declaraciones de la ONU en efecto, se definen estos como derechos de las personas, en contraposición de algunos tratadistas como Thomas Marshall en 1950, que los clasificó primero en tres clases: derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales, identificándoles ya de manera integral como derechos ciudadanos. La reflexión de Ferrajoli alude a que precisamente ahora en que los países ricos y las ciudadanías acomodadas se sienten amenazadas por los fenómenos migratorios que se registran en todo el mundo, vuelve a retomarse la interpretación de Marshall en referencia a la ciudadanía como titular de los derechos y negando la universalidad del concepto de derechos fundamentales. Esto es, cuando llegó el momento de tomar en cuenta estos derechos, todo su catálogo se está reservando a las *ciudadanías*, no obstante que los derechos políticos y algunos derechos sociales son atribuidos por el derecho positivo, tanto estatal como internacional, no solo a los ciudadanos sino a todas las personas.

Sin entrar al análisis completo de la idea de Marshall, lo cierto es que éste planteó el abandono de la categoría de la igualdad justo en el momento en que la calidad de persona y la titularidad universal de los derechos habían sido solemnemente reconocidas a todos los seres humanos del planeta, no solo por las nuevas constituciones estatales surgidas en la posguerra sino también por la Declaración universal de 1948. Si a ello se agregan los derechos sociales, vigentes y comprometedores, como los propios derechos de libertad individual, se daba en conjunto una calidad muy significativa a la democracia.

A la distancia transcurrida desde entonces, las cosas se ven ahora diferentes: el aparente fracaso del Estado social de derecho, los procesos de integración mundial y de globalización que han provocado una creciente interdependencia y una acentuada desigualdad entre países ricos y países pobres y los fenómenos de migración, advierten que caminamos hacia una integración mundial, la cual podrá darse -concluye Ferrajoli-, bajo la enseña de la opresión y la violencia, o al contrario, de la democracia y de la igualdad, lo cual va a depender también del derecho³⁸.

De seguir las cosas como hasta hoy, la categoría de ciudadanía corre el riesgo de convertirse no en un signo distintivo de la democracia fundada en la expansión de los derechos, sino en una idea regresiva e ilusoria de un concepto de *democracia* de un solo país o a lo más, de los países occidentales desarrollados,

³⁸FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. P.41,42

al precio de la no democracia del resto de los países del mundo. Y es que, pese a la denominación de la Declaración francesa de 1789 que aparece con el carácter de *universal*, los derechos por ella proclamados como derechos de la persona, de facto siempre han sido considerados como derechos del ciudadano, lo que hasta mediados del siglo pasado –cuando Marshall emite su idea-, no representaba ningún problema, pues no pesaba sobre las economías desarrolladas la amenaza de la presión migratoria. Pero sería un quiebre muy lamentable del modelo de democracia occidental que el universalismo normativo fuera a ser negado precisamente en el momento que se pone a prueba.

Sin duda, uno de los teóricos del derecho contemporáneo más sobresaliente, Luigi Ferrajoli, en visita a la UNAM, al referirse a la universalidad de los derechos fundamentales, precisaba este postulado señalando que todos los derechos fundamentales deben corresponder a todas las personas, sin que pueda prevalecer ningún tipo de discriminación y sin que las convicciones culturales mayoritarias o de grupo se sitúen por encima de los intereses vitales que esos derechos buscan preservar.³⁹

La universalidad de los derechos fundamentales o de los derechos humanos, es lo que permite identificar a estos derechos como las leyes del más débil, -dentro del grupo social o cultural, del más débil dentro de la familia, del más débil cuando se comete un delito, del más débil en un proceso penal, del más débil en la ejecución de una pena privativa de la libertad-. Lejos de los discursos autoritarios que sostienen que los derechos humanos son un obstáculo para que se logren abatir los índices delictivos, Ferrajoli considera que la tutela para todas las personas –en esto consiste la universalidad-, de los derechos que ya están reconocidos constitucionalmente, sería la mejor forma de alcanzar una sociedad más segura, preservando al mismo tiempo un espacio de libertad real para cada uno de nosotros y reduciendo el potencial de arbitrariedad que desde siempre han ejercido los poderes públicos cuando actúan de forma incontrolada.

En una interesante discusión sostenida entre Ferrajoli y Bovero, se habrá de referir éste a la tesis del primero, de que los derechos fundamentales tienen un carácter tético y que por lo tanto sus contenidos, o sea, el contenido de la parte sustancial de la constitución, la que contiene estos derechos, resulta “imputada”, en el sentido técnico jurídico del término, a todos y a cada uno, al pueblo entero y a cada persona que lo compone. A ello obedece la natural rigidez de las normas constitucionales que contienen a los derechos fundamentales, precisamente porque son derechos de todos, de todos y de cada uno, no son suprimibles ni reducibles, ni tan siquiera por la mayoría, y enfatiza, la mayoría no puede disponer de aquello que no le pertenece.⁴⁰

³⁹Luigi Ferrajoli en México, Artículo por Miguel Carbonell, publicado en el Universal 2 de noviembre de 2007, consultado el 16-12-2010 disponible en <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/38923.html>.

⁴⁰FERRAJOLI, Luigi, op.cit. *Un acuerdo global y una discrepancia concreta*. Michelangelo Bovero, pp.215-218

Explica Ferrajoli que esto es así porque si todos somos titulares de los derechos fundamentales inscritos en la Constitución, en consecuencia, ésta es patrimonio de todos y cada uno, razón por la que ninguna mayoría puede meterle mano, sino por un golpe de estado o una ruptura ilegítima del pacto social, por lo que una vez estipulados constitucionalmente deberían estar inclusive sustraídos al poder de revisión, o mejor, debería admitirse solo su ampliación y nunca su restricción, ni mucho menos su supresión.

Plantea el tratadista una segunda implicación en este tema: al constitucionalizarse los derechos fundamentales, éstos quedan como se ha dicho, en un nivel sobre-ordenado respecto de cualquier otro, confirmando a sus titulares, o sea, a todas las personas, una colocación también sobre-ordenada al conjunto de los poderes públicos y privados, que están vinculados funcionalmente a la garantía de los mismos derechos. Es en esta común titularidad de la constitución, consiguiente a la titularidad de los derechos fundamentales, en que reside la *soberanía*. Con esta idea dice, resulta ampliada y reforzada la misma noción política de democracia defendida por Bovero:

la democracia consiste en el poder del pueblo, ya no simplemente en el sentido de que al pueblo y por lo tanto a los ciudadanos les corresponden solo los derechos políticos y, por ello, el autogobierno a través de la mediación representativa, sino también en el sentido ulterior de que al pueblo y a todas las personas que lo componen les corresponde el conjunto de aquellos “contra-poderes” que son los derechos fundamentales –civiles, de libertad y sociales-, a los cuales todos los poderes públicos, aún los de mayoría, están sometidos...

Solo de esta manera, se cumple el paradigma del Estado instrumento para el cumplimiento de fines no suyos, sino los que constituyen los valores o razón social del ente Estatal. Luego, Ferrajoli añade:

Y es en esta relación entre medios institucionales y fines sociales, y en la consiguiente primacía del punto de vista externo sobre el punto de vista interno, de los derechos fundamentales sobre los poderes públicos, de las personas de carne y hueso sobre las máquinas políticas y sobre los aparatos administrativos, donde está el significado profundo de la democracia. En tiempos como los que vivimos, es precisamente esta concepción garantista de la democracia la que debe ser afirmada y defendida contra las degeneraciones mayoritaria y tendencialmente plebiscitarias de la democracia representativa y sus perversiones videocráticas; o dicho en una palabra, contra la “kakistocracia” (ó gobierno de los peores) de la que habla Michelangelo Bovero⁴¹.

⁴¹FERRAJOLI Luigi, SOBRE LA DEFINICION DE “DEMOCRACIA”. Una discusión con Michelangelo Bovero, pp.234

Sin duda es fuerte la tentación de confrontar los planteamientos de los tratadistas cuyas tesis venimos comentando con las circunstancias que se viven en la realidad latinoamericana y particularmente en la mexicana, en torno a la viabilidad de los sistemas democráticos y el respeto a los derechos fundamentales. Miguel Carbonell, escribió en enero del 2009, en una colaboración periodística, a propósito de la expresión de Bovero respecto de la degeneración de algunos sistemas democráticos, que estaban deviniendo en verdaderas kakistocracias, que si bien, apuntaba Carbonell, seguramente el autor se habría referido al sistema político italiano, el gran laboratorio de las nuevas tendencias políticas –y jurídicas, habría que agregar-, la idea también era aplicable a México, considerando que hay elementos para pensar que, en efecto, estamos siendo gobernados por los peores, los más ineptos, los más corruptos, los más ignorantes y faltos de ideas o proyectos para el país. El tratadista refiere una larga lista de elementos que acreditan la existencia de una kakistocracia mexicana que iría desde los casos de policías que en vez de cuidar la seguridad y proteger a los ciudadanos, se dedican a secuestrarlos y extorsionarlos, hasta aquellos funcionarios, legisladores, jueces y magistrados, cuyo desempeño no corresponde a las responsabilidades que la sociedad les ha confiado y por las que reciben puntual retribución económica.

Está ausente el compromiso del servidor público, la honestidad de dirigencias sindicales que sin rendir cuentas a nadie y ausentes también de sus bases, lejos han quedado de cumplir una función que pueda ser apreciada por alguien en la vida del país. Frente a estas tropelías realizadas por una clase política insolente y arrogante... *lo menos que puede hacer la ciudadanía es quedarse de brazos cruzados mientras observa como se sigue arrasando con el país. Que ellos conformen el gobierno de los peores no significa que nosotros debamos convertirnos en sus cómplices.*

Al asumirse la ciudadanía y todas las personas como titulares de la Constitución pero muy especialmente de los derechos fundamentales, por ella consagrados, en pleno ejercicio de estos derechos, -el poder del pueblo-, cuando los responsables del poder incumplen con las facultades otorgadas, sojuzgando y violentando cotidianamente los derechos fundamentales o permitiendo que esto ocurra ¿Qué hacer en el marco de esos derechos, para reorientar el rumbo de la República? El ejercicio de la soberanía mediante la aplicación de los derechos fundamentales deberá empezar a actuar sobre las máquinas políticas y sobre los aparatos administrativos ineficaces y corruptos. Habrá de ser la acción de todos la requerida para someter a esa kakistocracia que ha puesto en riesgo la unidad estatal.

Existen empero otras visiones del tema de la universalidad de los derechos fundamentales y de la visión de Ferrajoli sobre el papel de la ciudadanía. Luca Baccelli, debate con Ferrajoli en el punto de los efectos perversos que se derivarían de la *abolición de la ciudadanía*, en el supuesto de la aplicación integral de su teoría de los derechos. Explica este tratadista que la renuncia a la búsqueda del fundamento absoluto de los derechos, y la problematización del universalismo de los derechos fundamentales, en el sentido de la universalidad de su aceptación,

aconsejan un manejo cauteloso en la relación derechos y ciudadanía. Abunda indicando que el planteamiento de Marshall sobre la ciudadanía, entendida como “pertenencia plena a una comunidad” que Ferrajoli reduce a valores organicistas, patrioteros y etnicistas, corre el riesgo –al negar el nexo entre derechos y pertenencia a –, de empobrecer el patrimonio de los valores políticos de la cultura democrática. Por el contrario, el sentirse parte de, remite a valores progresivos como la autonomía, la solidaridad y la reciprocidad. Este sentido gregario puede también querer decir rechazo a la homologación y defensa de la pluralidad cultural y política.

Ronald Dworkin, ha planteado su tesis de *liberal community*, en la que a partir del respeto a la autonomía individual se va creando la vida común de la comunidad política, la que se identifica a través de sus actos oficiales, sean jurídicos o políticos y la ciudadanía –los ciudadanos- es un concepto que se actualiza a medida de que los individuos autónomos realizan conductas siguiendo determinados procedimientos encaminados a constituir una entidad colectiva.

Jürgen Habermas ha admitido que los ciudadanos tienen derecho a conservar las características de la forma de vida a la que pertenecen. Sin embargo, reconoce que en las democracias modernas la identidad colectiva ya no se justifica a través del *ius sanguinis*. Es la cultura política y los principios constitucionales los elementos que la constituyen. Habermas, al fin, teórico de una democracia moderna y madura, plantea que la ciudadanía actual se forma y define en términos jurídico-políticos y que el único patriotismo que vale es el constitucional. En su estructura sistémica valora particularmente los derechos políticos en cuanto derechos reflexivos, que permiten obtener otros derechos y en la medida en que, a diferencia de los derechos civiles y sociales, no pueden ser concedidos paternalistamente. Al admitir la posibilidad de compartir los conceptos de particularismo de la *pertenencia* y el *universalismo* de los derechos, remite a la idea de que ambos, los derechos del hombre y la democracia poseen un valor universal en la medida en que pueden fundarse desde los presupuestos cuasi trascendentales de la comunicación lingüística.

Luca Bascceli, al comentar este planteamiento habermasiano, se pregunta si al renunciar a él, se renuncia también a todo tipo de noción política-jurídica de pertenencia. A partir de ideas de autores identificados con la tradición republicana, reproduce el señalamiento de que el activismo político identifica a través de un sentimiento de pertenencia a instituciones o formas asociativas y comunicativas, más que a comunidades orgánicas o formas de vida étnico-culturales. Se trata entonces de plantear una noción política de pertenencia, por dos razones; primero, porque no parte de una concepción etnicista ni organicista; y, segundo, porque reconoce el valor especial de los derechos políticos. En la tradición republicana, la pertenencia impone una identidad fundada en la lealtad democrática,

-y por tanto, crítica-, a principios jurídicos e instituciones políticas. Esta lealtad por cierto, se dirige a una particular república democrática, en contraposición al modelo universalista de Habermas.

III.2 Exigibilidad Jurídica interna y externa de los derechos fundamentales

III . 2.1 Jerarquía de las normas de derechos fundamentales

El estudio de un sistema de jerarquía de derechos humanos y en general de derechos fundamentales nos refiere generalmente al ordenamiento de más alta jerarquía del propio sistema jurídico Estatal. En la mayoría de los países la Constitución Política es la que define el nivel y los instrumentos normativos que habrán de establecer la regulación específica de los derechos sociales fundamentales, determinando con claridad los bienes jurídicos protegidos y el alcance de la protección y salvaguarda de dichos bienes a cargo del Estado.

Para poder determinar el nivel jerárquico debe de analizarse el ámbito temporal de validez de las normas así como el espacial, aunado a la definición y establecimiento de los límites de la soberanía que cada Estado tenga y la problemática que genera el tratamiento del *ius cogens*, que de manera generalizada favorece las norma internacionales a las internas.

Corresponde a esta etapa observar el sistema de reservas que se ve involucrado, pues el establecimiento de un sistema jerárquico poco definido, repercute en la propia anulación de la reserva que por lo general provoca un enfrentamiento del derecho internacional y el derecho interno.

Se han formulado diversas teorías referentes a la relación del derecho internacional y el derecho interno, destacando la teoría monista internacionalista, monista nacionalista y las dualistas. La teoría monista nacionalista, determina que los tratados internacionales están en un nivel jerárquico inferior a la legislación local; la teoría monista internacionalista, coloca a los tratados internacionales en un nivel jerárquico superior al derecho interno; la teoría dualista, hace una separación tajante en los ordenamientos y en su aplicación; establece que el propio Estado genere una legislación interna capaz de establecer una articulación óptima entre ambas legislaciones.

En otro ejercicio de clasificación de órdenes normativos se hace referencia a cuatro niveles: a) supranacional, b) constitucional, c) supralegal y d) legal. En la primera distinción, los tratados internacionales prevalecen aún respecto de la Constitución del propio Estado; en el segundo nivel, los equipara con la misma jerarquía normativa de la Constitución, adquieren rango constitucional, rigidez

y supremacía del mismo nivel; el tercer nivel ó rango supralegal, refiere al que equipara con la legislación interna, pero que nunca puede estar por encima o modificar la Constitución; y, el último nivel, denominado legal, refiere que algunas Constituciones otorgan a los tratados internacionales una jerarquía equivalente a las normas internas y que puede provocar cambios al ordenamiento.⁴²

La mayor parte de los compromisos contraídos por parte de los Estados a nivel internacional y de protección a los derechos fundamentales están contemplados en un nivel superior, lo anterior derivado en que ya casi de manera generalizada todo Estado contempla en su propia legislación los mínimos de protección y reconocimiento de dichos derechos.

III.2.2 El Derecho internacional y los derechos fundamentales

Los retos más importantes de una protección internacional de los derechos fundamentales son la defensa, la promoción y la vinculación de los Estados a nivel internacional. La internacionalista María Londoño al hablar de derecho internacional de derechos humanos y de los derechos fundamentales hace necesaria alusión a sucesos históricos lamentables como fueron las guerras mundiales que dieron origen a una nueva rama del derecho internacional denominada DIDH (International Human Rights Law). En ella se reconoció de manera explícita, la fuerza vinculante de unos mínimos universales de protección a la persona humana y que supera la idea tradicional dicotómica del derecho nacional versus derecho internacional, al constituir un esfuerzo común de las naciones civilizadas para reconocer los derechos individuales a nivel internacional.⁴³

A raíz de estos esfuerzos y de la promoción mundial para el establecimiento de dispositivos legales que atendieran esta problemática, va surgiendo una nueva rama del derecho orientada al fin de desarrollar fundamentos doctrinales y normas específicas para formar un Derecho internacional de los derechos humanos y aún más, de los derechos fundamentales; este será el conjunto de reglas de Derecho Internacional que reconoce e intenta proteger los derechos de la persona en cuanto a ser sujeto titular de situaciones jurídicas dentro del ámbito material de los que se consideran como derechos o libertades fundamentales; con tres características:

⁴²Cfr. GOMEZ PEREZ, Mara, La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional, Porrúa, México, 2003 p. 25-29.

⁴³Cfr. LONDOÑO LAZARO, María Carmelina, Las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada, en *Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Sistema de Información Científica*

Redalyc.[<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=Redalyc82400503>] p. 93

- La consideración del individuo o de determinados grupos sociales como sujetos *latu sensu* del derecho internacional;
- La positivización de estos derechos en Declaraciones generales o en Convenios de carácter multilateral;
- La aplicación de medio y técnicas de protección de los mínimos a través de las organizaciones gubernamentales.⁴⁴

Este derecho internacional de derechos fundamentales debe de resolver tres aspectos críticos:

- Cuales son lo mínimos y que derechos se deben de contemplar;
- El alcance jurídico que debe de otorgar esos derechos;
- El problema de aplicabilidad en territorios no autónomos o que no reconocen ningún tipo de declaración.

Estos tres puntos son derivados de la obligatoriedad de cualquier Declaración de Derechos puesto que no constituyen un Tratado multilateral del que pueden derivar responsabilidades jurídicas internacionales para los Estados firmantes y que únicamente está facultada para realizar recomendaciones, sin embargo, se considera que el valor moral e incluso el pertenecer a la Organización de Naciones Unidas hace obligatorio cualquier documento tomando en consideración que uno de los fines de la organización es el *respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales*.

Serían contenidos del derecho internacional de los derechos fundamentales y materia especial de la que se podrían integrar tres ramas: el derecho internacional humanitario, derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional de los derechos sociales; lo anterior de conformidad a las fuentes establecidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que a la letra menciona:

Artículo 38

1. *La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:*

⁴⁴Pag.27..desconocido. Capítulo Primero Estudio comparado e histórico de la protección de los derechos humanos.

a) *Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*

b) *La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*

c) *Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;*

d) *Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59;*

2. *La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convienen.*

De estas fuentes de derecho se desprenden diferentes instrumentos que no constituyen formalmente tratados, sino instrumentos no vinculantes, que de manera teórica no generan obligaciones internacionales para los Estados.

III.2.3 Tratados internacionales

La incorporación de los tratados de derechos humanos y derechos fundamentales al derecho interno requiere un tratamiento distinto, puesto que el contenido de estos instrumentos sobrepasa las fronteras de la jurisdicción del Estado parte, ya que poseen algunas características que los diferencian de los tratados internacionales.

En opinión de Corcuera, el contenido de los tratados internacionales regula la obligación de un Estado frente a sus habitantes y no a favor de un Estado contraparte.⁴⁵ Aunque fácticamente no siempre es aplicada esta referencia, sino lo establecido en el documento que se firmó y que se formalizó con la ratificación.

Es importante mencionar que este tipo de instrumentos directa o indirectamente vinculan la protección de estos derechos tanto en su objeto o propósito y su estructura; esto no quiere decir que deban de tener esa connotación para estar en esta clasificación, puesto que existen casos en los que el objeto y fin del instrumento no es el reconocimiento de derechos humanos pero que coinciden en su contenido.

⁴⁵ Cfr. CORCUERA CABEZUT, Santiago. Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, México, Oxford Univerty Press, 2002 p.72.

En la actualidad, se estima la tendencia de la aplicación del principio de primacía de la norma que favorece a la víctima en los derechos humanos, de esta forma se tilda de supremacía por encima de los ordenamientos nacionales de más alta jerarquía.

Dentro de los Instrumentos Universales Generales más representativos encontramos:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10 de diciembre de 1948);
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (16 de diciembre de 1966);
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo. (16 de diciembre de 1966).

Los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos o derechos fundamentales son variados y derivados de la gran diversidad de fuentes que lo integran, dentro de los más importantes encontramos los de interpretación de la propia Declaración y de los mecanismos de obligatoriedad a los Estados, es decir no se trata de tratados multilaterales, bilaterales caracterizado por un intercambio recíproco de derechos y obligaciones para beneficio de los Estados, *su objeto y fin es la protección de derechos humanos*. No se tienen intereses propios sino solamente el interés común que es el de preservar los fines superiores o la razón del instrumento. Se afirma con lo anterior que los tratados de derechos humanos o fundamentales tienen un contenido que apunta a la protección de las garantías mínimas del hombre y que no son restringidos por los intereses de los firmantes.⁴⁶

De manera doctrinal Bidart Campos Germán y Carnota Walter nos refieren a una serie de criterios con los cuales es más sencilla la interpretación de la Declaración de Derechos Humanos y que puede ser aplicada para otros documentos con contenido análogo.⁴⁷

- Criterio de operatividad; refiere al funcionamiento y obligación directa al Estado y los poderes del Estado, independientemente de la existencia de un despliegue reglamentario.

⁴⁶Cfr. GOMEZ PEREZ, Mara, op. Cit., p. 17.

⁴⁷Cfr. BIDART CAMPOS, German y CARNOTA, Walter, op. cit., p. 20-23.

-Criterio de la sintonización con el derecho internacional de los derechos humanos; esta refiere a la homologación del orden interno al internacional de tal forma que se complementan y subsanan posibles lagunas jurídicas.

-Criterio de derechos implícitos; es la implementación y adopción de la doctrina de los derechos no enumerados y que generalmente no los encontramos textuales.

-Criterio de la aplicación social progresiva; erigido como facultad u obligación constitucional y que van acorde con el propio desarrollo del Estado.

-Criterio de la aplicación supletoria del derecho internacional de los derechos humanos; encaminada permitir un catálogo más amplio y completo de los derechos humanos.

-Criterio de la prevalencia del derecho material o sustancial por sobre el procesal; jerarquiza en caso de conflicto la aplicación de la norma.

-Criterio del contenido esencial de los derechos; refiere a la preeminencia del contenido de estos derechos ya sea por función legislativa o judicial. La anterior enumeración de criterios abona de manera inequívoca a la observancia y aplicabilidad de los derechos fundamentales desde una perspectiva de universalidad.

CONCLUSIONES

1.- Efectuar un acercamiento al tema de los derechos fundamentales y su universalización, es una oportunidad para revisar de qué manera los países han enfrentado una de las preocupaciones de la humanidad de las últimas décadas, tras haber vivido las experiencias lamentables de la primera mitad del siglo pasado, entre los horrores de las guerras, los fenómenos xenofóbicos y los innumerables efectos de una población creciente y demandante.

2.- México, en la Constitución en 1824 no introdujo ningún dispositivo que aludiera a derechos individuales, toda vez que la naciente nación demandaba en primer término, garantizar la soberanía nacional y organizar el ejercicio del poder. Será la Constitución de 1857 la que incorporará la salvaguarda de las llamadas garantías individuales y, otras disposiciones que facultaban al Estado constitucional para actuar en nombre de la República a través del Congreso y dictar leyes para reducir la desigualdad y la ignorancia; reorganizar al país, acabar con fueros y privilegios. Si bien se produjeron algunas leyes en este sentido, no alcanzó el tiempo para convertir los principios enunciados en una realidad cotidiana, al prevalecer intereses que hicieron del orden constitucional aprobado, letra muerta.

3.- Los cambios vividos en los albores del siglo XX en la composición política del planeta, la eliminación de los últimos reductos feudales y la adopción de otras formas de gobierno, derivadas de nuevas corrientes ideológicas, fueron la manera en que las naciones buscaron respuestas para resolver sus contradicciones estructurales y consolidar sus respectivos procesos de integración. México transitó hacia una nueva etapa en su historia al incorporar al orden constitucional en 1917 los llamados entonces derechos sociales, que habrían de sumarse a las garantías individuales ya consagradas.

4.- El origen del derecho se puede vincular a la necesidad de contar con un instrumento de control, armonía y de alguna forma como un intento de garantizar la supervivencia de un determinado grupo de personas, este tipo de regulación delimita al poder y del mismo modo lo faculta; así, se va construyendo todo un andamiaje normativo para regular los diferentes ámbitos de la actividad humana en sociedad; derivado de lo anterior es necesario establecer derechos que garanticen bienes jurídicos fundamentales.

5.- La referencia cotidiana al concepto de derechos humanos y que las corrientes constitucionalistas modernas prefieren denominar derechos fundamentales, resulta ya un lugar común en las preocupaciones sociales, así como referir su importancia y promover su respeto; esta conducta cada vez más generalizada ha contribuido sin duda a impulsar los procesos para el establecimiento de regímenes democráticos legitimados y sustentados en ideales de justicia y respetuosos de la condición humana y de la propia dignidad del ser humano.

6.- La importancia de los derechos fundamentales radica en el rango establecido al interior de cada Estado y de manera fáctica, a la importancia y protección que tengan los individuos y los mecanismos garantistas establecidos en su derecho interno. Es entonces la génesis y evolución de los derechos fundamentales en cada sistema jurídico la que determina el grado de evolución del Estado.

7.- Redactada para acompañar la Constitución del Estado de Virginia, en sus 18 artículos se enumeran derechos próximos a la noción moderna de derechos fundamentales: igualdad de todos los hombres, separación de los poderes públicos, primacía del poder del pueblo y sus representantes, libertad de prensa, subordinación del poder militar al poder civil, derecho a que se haga justicia, libertad de culto; traducido al francés, este texto se dice que influyó al Comité redactor de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, durante la Revolución Francesa de 1789.

8.- La corriente moderna relativa al estudio del constitucionalismo y el garantismo, en la interpretación de Luigi Ferrajoli, define los derechos fundamentales en expectativas positivas, (de prestaciones) o negativas, (de no lesiones) que se atribuyen a las personas, ciudadanos, o personas con capacidad de obrar, de forma universal e indisponible.

9.- En la misma línea de pensamiento, sustenta Ferrajoli, las constituciones son contratos sociales, pactos fundantes de la convivencia civil generados a través de los movimientos revolucionarios, que de esta manera se han impuesto a los poderes públicos, con lo cual se legitiman; pero el contrato conlleva la cláusula de tutelar precisamente los derechos fundamentales por parte del soberano, lo que provocaría la ruptura del pacto en caso de violación por éste, legitimando así el derecho de resistencia.

10.- No obstante que los derechos fundamentales reflexiona Ferrajoli, son atribuidos por el derecho positivo tanto internacional como nacional, no solo a las personas que tienen la calidad de “ciudadanos”, sino a todos los seres humanos sin distinción alguna, ahora en que los países ricos y las ciudadanías acomodadas se sienten amenazadas por los fenómenos migratorios que se registran en todo el mundo, vuelve a retomarse la interpretación de Marshall en referencia a la ciudadanía como titular de los derechos y negando la universalidad del concepto de derechos fundamentales, y con ello la categoría de igualdad.

11.- La regresión que pudiera significar este aislamiento de ciudadanías identificadas en una particular democracia, respecto a las demás democracias o unidades políticas diversas, significaría un quiebre muy lamentable (o afortunado?...) del modelo de democracia occidental al negar en este momento el concepto de universalismo normativo, cuando la realidad mundial –política, económica, social e inclusive cultural-, pareciera conducir a una integración total.

12.- Siendo pues, los derechos sociales fundamentales los instrumentos mediante los cuales el pueblo y todas las personas que lo componen, contienen en un sistema democrático los abusos del poder que pudieran afectar sus derechos civiles, de libertad y sociales,..en tiempos como los que vivimos, es precisamente esta concepción garantista de la democracia, la que debe ser afirmada y defendida contra las degeneraciones mayoritaria y tendencialmente plebiscitarias de la democracia representativa y sus perversiones videocráticas; o dicho en una palabra, contra la “kastrocracia” (ó gobierno de los peores) de la que habla Bovero.

13.- Al asumirse la ciudadanía y todas las personas como titulares de la Constitución pero muy especialmente de los derechos fundamentales por ella consagrados, en pleno ejercicio de estos derechos, -el poder del pueblo-, cuando los responsables del poder incumplen con las facultades otorgadas, sojuzgando y violentando cotidianamente los derechos fundamentales o permitiendo que esto ocurra ¿Qué hacer en el marco de esos derechos, para reorientar el rumbo de la república? El ejercicio de la soberanía mediante la aplicación de los derechos fundamentales deberá empezar a actuar sobre las estructuras y maquinarias políticas y sobre los aparatos administrativos ineficaces y corruptos. Habrá de ser la acción de todos, la requerida para someter a esa degeneración mayoritaria que ha puesto en riesgo la unidad estatal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, Teoría del discurso y derechos constitucionales, Fontamara, México, 2007
- ARÉVALO ÁLVAREZ, Luis Ernesto, El concepto jurídico y la génesis de los derechos humanos, Lupus Magister, 2ª ed, México, 2001
- BIDART CAMPOS, German y CARNOTA, Walter, Derecho Constitucional Comparado, tomo II, Ediar, Argentina, 2000
- CABANELAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Argentina 1998,
- CARPIZO, Enrique, Derechos fundamentales, Interpretación Constitucional, La Corte y los Derechos. Ed. Porrúa, México, 2009
- CIENFUEGOS SALGADO, David. Historia de los Derechos Humanos. Apuntes y textos históricos, Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero, México, Gro, 2005
- El pequeño Larousse Ilustrado, Larousse, México, 1996
- DE PINA, Rafael, Diccionario de Derecho, 8ª ed, Porrúa, México, 1989
- Diccionario Básico de la Lengua Española, Larousse, México, 1984
- FELIX TRIGO, Ciro. “Derechos del hombre y del ciudadano” en Enciclopedia Jurídica
- FERRAJOLI, Luigi., Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, España, 2009,
- FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías
- FERRAJOLI Luigi, SOBRE LA DEFINICION DE “DEMOCRACIA”. Una discusión con Michelangelo Bovero
- Omeba, Driskill S.A. Argentina, Tomo VIII, 1990
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 4ª ed, Porrúa, México, 1973
- GOMEZ PEREZ, Mara, La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional, Porrúa, México, 2003
- LONDOÑO LAZARO, María Carmelina, Las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos en perspectiva comparada, en Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Sistema de Información Científica
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales, UNAM-IIJ, México, 2003
- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús, “Derechos humanos” en Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, México, Tomo III, 1985
- SÉPÚLVEDA, César, Derecho Internacional, décimo sexta edición, Porrúa, México, 1991
- SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo, Sistemas Jurídicos Contemporáneos 12ª ed, Porrúa, México, 2010
- TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, Derecho en Diccionario Jurídico Mexicano, 4ª ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, México, Tomo II, 1991
- ZAMORA GRANT, José, Introducción al estudio de los derechos humanos, Gudiño Cicero, México, 2007

PAGINAS DE INTERNET

- <http://www.colectivodeabogados.org/Exigibilidad-juridica-de-los-DESC>
- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derycul/cont/8/ens/ens6.pdf>
- http://www.aidh.org/uni/Formation/ooHome_e.htm
- <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>
- <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>
- Organización de Naciones Unidas, Documentos históricos, versión electrónica en www.onu.org/
- http://www.miguelcarbonell.com/articulos_periodicos/lf.shtml
- <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=Redalyc82400503>