

O controle de  
convencionalidade do brasil

MARIA FERNANDA TOLEDO PENNACHI

TIBIRIÇÁ AMARAL

SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL

# Derechos Fundamentales a Debate

**CEDHJ**  
Comisión Estatal  
de Derechos Humanos  
Jalisco



**IICADH**  
INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN Y  
CAPACITACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Derechos Fundamentales a Debate, año 2017, No. 4, abril-julio 2017, es una publicación cuatrimestral editada por la Comisión Estatal de Derechos Humanos a través del Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos de dicha Comisión, Reforma 1544, Col. Ladrón de Guevara, Guadalajara, Jalisco, CP 44600, Tels. (33) 3615-3892 y 3615-3893, [luiscorona@cedhj.org.mx](mailto:luiscorona@cedhj.org.mx). Editor titular: Comisión Estatal de Derechos Humanos, Editor responsable: Luis Antonio Corona Nakamura. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo: 04-2016-072712264400-102 (impresa) y 04-2016-112411095900-203 (electrónica) otorgado por el Instituto Nacional de Derechos de Autor, ISSN: 2448-8518.

Las opiniones expresadas por los autores son responsabilidad exclusiva de los mismos y no reflejan necesariamente la postura de los editores.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación si previa autorización del Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco.

<b><i>O controle de convencionalidade do Brasil</i></b>	<b>5</b>
Maria Fernanda Toledo Pennachi Tibiriçá Amaral Sérgio Tibiriçá Amaral	
<b><i>Los derechos humanos y su interpretación, un acercamiento</i></b>	<b>25</b>
María Teresa Guzmán Robledo	
<b><i>Sobre el poder: el poder político, la voluntad de vida, el Estado y la Constitución</i></b>	<b>41</b>
Alfonso Myers Gallardo José Fredman Mendoza Ibarra	
<b><i>Del derecho a la educación, a la enseñanza basada en los derechos humanos</i></b>	<b>51</b>
Teresa Magnolia Preciado Rodríguez	
<b><i>Normas de publicación y convocatoria</i></b>	<b>58</b>
<b><i>Comité científico</i></b>	<b>60</b>
<b><i>Consejo editorial y técnico</i></b>	<b>64</b>



# O controle de convencionalidade do Brasil\*

Maria Fernanda Toledo Pennachi Tibiriçá Amaral<sup>1</sup>  
Sérgio Tibiriçá Amaral<sup>2</sup>

## Resumo

El control de constitucionalidad em el sistema interamericano e en la justicia brasileña son instrumentos de defensa de los derechos humanos apreciados en este artículo. Habla-se sobre el funcionamiento del sistema y sus principios em la Comisión e em la Corte, algo similar en los demas países. En seguida presenta-se un control de convencionalidad no jurisdiccional hecho por la comisión. Después el funcionamiento de la Corte es explicado, a través de una condenación reciente de Brasil por trabajo esclavo que resulto en un cambio en la legislación interna, que configuro un tipo de control o posibilidad de él. Entonces, um capitulo sobre Damião Ximenes Lopes, después de la condenación, Brasil he adotado políticas públicas para personas con discapacidad mental compatibles con el pacto. Demostro-se que existen nuevos parámetros de la OEA, por medio del Sistema Interamericano, y utilización de jurisprudencias y tratados da UN como parámetros de control. Lo que traje la posibilidad del nacimiento del control. Los varios tipos de control permiten la adecuación de las normas internas de los tratados de las Naciones Unidas. En el ambito de la Corte la condenación brasileña en el caso Guerrilha do Araguaia surge con destaque, en especial porque no fue cumplida debido la decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil. Por otro lado, el mismo organo he revocado la prisión civil por deudas. En el Superior tribunal de Justicia hay otra violación de derechos humanos por el crimen de desprecio.

## Palabras clave

Sistema Interamericano, Control de Convencionalidad; Dignidade de la Persona Humana; Corte IDH; Comisión IDH; Pacto de San José.

## 1. Introdução

As temáticas são alguns julgamentos do Brasil na Corte IDH e o controle de convencionalidade, que numa comparação com outros Estados-membros do Pacto de San José da Costa Rica. São abordados alguns julgamentos em casos diversos de violações.

\*Fecha de recepción:  
05 de abril de 2017  
Fecha de aprobación:  
21 de abril de 2017

1 Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: mariafer.amaral@hotmail.com. Bolsista do Programa de Iniciação Científica do CNPq/ PIBICDO (Conselho Nacional de Pesquisa/Ministério da Educação) e membro do Grupo de Estudos: Estado e Sociedade — Aspectos políticos, jurídicos e filosóficos.  
2 Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente / FDPP da Associação Educacional Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. Membro da Associação Mundial de Justiça Constitucional e da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. E-mail: sergio@unitoledo.br.

Há uma apreciação do controle de convencionalidade em nível interno, ou seja, no Brasil por meio do Supremo Tribunal Federal no caso da prisão civil por dívida, cuja a sentença revogou artigos do Código Civil, mas também da possibilidade dos juízes federais fazerem controle difuso. Essa pioneira decisão em sede de controle difuso é um marco para o País, mas abriu caminho para o Superior Tribunal de Justiça invalidar a Lei do Desacato. Abordou-se também uma decisão internacional feita dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, composto pela Comissão, no caso Maria da Penha, onde houve um controle na jurisdicional. Na Corte IDH tratou-se do caso Gomes Lund vs. Brasil (Guerrilha do Araguaia), pela qual Brasil foi condenado a revogar a Lei da Anistia. No entanto, há um conflito com uma decisão sobre o tema feita pelo Supremo Tribunal Federal, o que fez com que a decisão interamericana não fosse cumprida. Para esta apreciação buscou-se uma análise sobre o controle de convencionalidade dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e na Justiça nacional, bem como casos

O tribunal pode fazer o controle por meio do julgamento contencioso e consultivo. Para demonstrar as possibilidades são analisados alguns julgamentos envolvendo a Corte IDH. São apresentadas as possibilidades de fazer um tipo de controle preventivo quando usada a Opinião Consultiva. No entanto, o controle por meio do contencioso tem um histórico de impugnação das leis internas dos Estados que violam os tratados de direitos humanos desde Última tentação de Cristo Vs. Chile.

Buscou-se demonstrar que a partir da revogação da prisão do depositário infiel no Brasil, pode se estruturar um controle interno, que pode usar a mesma estrutura do controle de constitucionalidade. Por tanto, o controle de convencionalidade no Brasil pode ser preventivo e repressivo, o que ficou demonstrado. Pode ser feito pelo veto jurídico, pareceres das Comissões Constituição e Justiça da Câmara e do Senado, além do direito-função no caso de afetação de “cláusulas pétreas” previstas em tratados de direitos humanos. O repressivo traz a revogação da prisão civil no Brasil, enquanto que no concentrado discute-se em tese as possibilidades das ações para revogar dispositivos constitucionais e infraconstitucionais incompatíveis com o Pacto de San José da Costa Rica. As conclusões demonstram as consequências e o desconhecimento dos institutos abordados.

## 2. O Sistema Interamericano

O Sistema Interamericano pelo caráter subsidiário traz o controle como uma dupla compatibilidade pelo qual as normas internas do Estado brasileiro encontram outro fundamento de validade além da Constituição de 1988, os tratados de direitos humanos da Organização dos Estados Americanos, embora não só eles. As leis federais brasileiras do artigo 59 da Constituição precisam se adequar as convenções de direitos humanos da OEA e da ONU, bem como a jurisprudência da Corte. As leis estaduais e municipais também, bem como os atos não normativos do Executivo.

A defesa da dignidade da pessoa humana no Pacto e na jurisprudência interamericana ganha com as explicações das Opiniões Consultivas, com base no

artigo 1º do Pacto (BRASIL,1992), que estabelece o compromisso de respeitar os direitos e liberdades e garantir acesso à jurisdição.

O controle de convencionalidade está no artigo 2º do Pacto:

Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionadas no artigo 1 ainda não estiverem garantidos por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos.

O Brasil precisa fazer as adequações necessárias todas normas internas encontrem seu fundamento de validade no Pacto de San José, como fica patente no recente julgamento feito em 2015 pela quinta turma do Superior Tribunal de Justiça.

Há ainda no Sistema IDH o princípio da proibição de retrocesso, pelo qual um direito declarado e aceito como universal ou inerente ao homem não pode de ele ser subtraído, sem dúvida, um limite que pauta o controle na fiscalização das normas internas de um Estado-membro. O artigo. 4.4 diz: “Não se pode restabelecer pena de morte nos Estados que a hajam abolido”.

Em nível global, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, por sua vez, diz que um Estado não pode se utilizar de uma norma interna para justificar o não cumprimento do tratado internacional. Defende a primazia do direito internacional frente as normas internas do Brasil. (Oliveira, 2010:152).

O artigo 46 da referida Convenção proíbe ao Estado contratante alegar a nulidade da adesão, caso este tenha violado alguma norma do Direito Interno.

O princípio do esgotamento dos recursos internos previsto no art. 46 “a” da Convenção, é requisito de admissibilidade de uma petição ou comunicação a ser analisada pela Comissão. No entanto, o esgotamento não é absoluto pelo artigo 46: ”a) não há devido processo legal; b) não se houver permitido o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido impedido de esgotá-los; c) houve demora injustificada na decisão sobre o caso”. Justiça complementar, segundo (Bazán, 2003:20)

Ciertamente, no se nos escapa que esta última ostenta uma natureza convencional coadyuvante o complementaria de aquellas de los ordenamientos nacionales (cfr. Preámbulo de la CADH, párr. 2º) y que la pauta de agotamiento de los recursos internos, estrechamente vinculada al carácter subsidiario de la jurisdicción interamericana, está pensada para acordar al Estado la posibilidad de remediar internamente sus conflictos sin necesidad de verse enfretando a um proceso internacional.

O Brasil faz parte da Convenção por meio da promulgação feita pelo decreto 678, reconhecendo a competência contenciosa da Corte em 1998, através do Decreto Legislativo 89, estando sujeito aos deveres da Convenção Americana como explicam Valério de Oliveira Mazzuoli e Luiz Flávio Gome. (GOMES e MAZZUOLI, 2009:7)

Além da Carta da OEA, com seus Protocolos, e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Comissão Interamericana possui também estatuto e regulamento próprios, que são instrumentos básicos que disciplinam o

funcionamento da instituição e o procedimento diante de uma denúncia de violação. Os tratados de direitos humanos que podem ser usados como controle: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; Pacto de San José da Costa Rica; Protocolo Adicional da Convenção Americana dos Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador); Protocolo Adicional da Convenção relativo à abolição da Pena de Morte; Convenção Interamericana para Prevenção da Tortura; Convenção Interamericana Sobre Sequestro e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ou Convenção de Belém do Pará.

### 3. A Comissão Da Oea E Suas Competências: Controle

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é órgão não jurisdicional da Organização dos Estados Americanos que entre as suas atribuições traz “a promoção dos direitos humanos” tem várias competências, como petições, relatórios, visitas e promoção de eventos, pois lhe incumbe promover a observância e a defesa dos direitos humanos, na interpretação do parágrafo 23, que estabelece atribuições da Comissão IDH como está na Opinião Consultiva OC-13/94 emitida pela Corte IDH. Uma entidade autônoma criada pelo artigo 106 da Carta da OEA, com abrangência para todos os tratados regionais e Estados da organização.

As petições podem ser feitas por qualquer pessoa, ONGs ou Estado, que fazem segundo de (Cantor 2010:33) uma estimulação externa para analisar a questão. A Comissão pode exercer um controle não jurídico, que terá de contar com a anuência do Estado denunciado por violações. O Estado deverá acatar as recomendações, como no caso do Brasil denominado Maria da Penha Vs. Brasil.

A essência desse controle não judicial nasce num caso envolvendo o Chile, no qual a Corte IDH afirma que todos os órgãos de supervisão da Convenção podem e devem nos casos concretos de violações dos direitos humanos determinarem uma compatibilidade ou não com a Convenção. Portanto, qualquer ato e ou omissão por parte de qualquer poder, órgão ou agente do Estado, pode ser checado no âmbito da Comissão. Isso inclui as leis nacionais e sentenças de tribunais nacionais, como no caso Almonacid Arellano vs. Chile, que podem ser revogadas por acordo com a Comissão.

Nas duas sessões anuais, os “comisionados” podem exercer o controle e ainda realizar outras tarefas, como visitas in loco aos Estados, a fim de averiguar aspectos referentes a casos específicos em trâmite.

Há ainda os relatórios sobre a situação geral dos direitos humanos nos países visitados, podem sugerir a sugestão de revogação de normas internas, mas para Hector Fix-Zamudio (2008, p. 203) o trabalho principal é “instrução e a investigação das violações dos direitos humanos, antes do julgamento na Corte”.

Se o Estado-membro entrar em acordo para revogar as normas internas durante o procedimento em Washington, fica configurado um controle não judicial.

#### 4. Corte Interamericana E Sua Organização

A Corte IDH é órgão jurisdicional autônomo com sede em San José, na Costa Rica, criado pelo Pacto de San José para aplicar e interpretar a Convenção e outros tratados de direitos humanos no âmbito das Américas. A Corte tem sete juízes, nacionais dos Estados da OEA, eleitos a título pessoal entre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições e não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade pelo art.52. A votação é secreta por maioria absoluta e os juizes tem mandato de seis anos, com uma reeleição, sendo eleitos na Assembleia Geral, a partir de lista de proposta(art.53). O quórum das deliberações é de cinco juízes (art.56) e as decisões serão tomadas pela maioria dos juízes presentes. Presidente tem voto de qualidade.

A Corte IDH tem competência consultiva e contenciosa, como estipula também o art. 2 do Estatuto. Sua função jurisdicional está nos artigos 61, 62, e 63 da Convenção, enquanto que a função consultiva é prevista no artigo 64.

No contencioso, o art. 61 estabelece que somente aos Estados-partes e a Comissão Interamericana têm direito de submeter um caso à decisão da Corte, enquanto que o artigo 62 da Convenção diz que a competência é para: “I – Interpretar disposições incorporadas pela Comissão Americana; II – Aplicar a Convenção”.

O julgamento pode ser sobre qualquer caso relativo interpretação ou aplicação das disposições do Pacto iniciado na Comissão desde que os Estados-partes reconheçam sua jurisdição e competência.

Na sentença será declarada a responsabilidade internacional do Estado, e serão formuladas as recomendações correspondentes ao Estado, para que no prazo de três meses aceite a decisão e faça as reparações integrais em favor das vítimas e/ou seus familiares pelos danos causados que podem ser as seguintes: Restituição dos direitos humanos; Indenização; Danos materiais: Dano emergente; Lucro cesante; Danos imateriais; Medidas satisfativas; Medidas de reabilitação; Medidas de não repetição; Dano ao projeto de vida.

(Ray, 2010:27) revela que as sentenças apresentam peculiaridades e afirma que por vezes são necessárias medidas cautelares, antes das decisões de fundo, quando os argumentos jurídicos ordenam reparações integrais que correspondem a determinar que o Estado faça reparações para as vítimas ou familiares, como indenizações por dano materiais emergentes e cessantes, danos imateriais, medidas satisfativas como pagamento de multas, de reabilitação com devolução de bens e outros, mas o controle de convencionalidade é importante, como ficará demonstrado.

#### 5. A Condenação Pioneira Por Trabalho Escravo

O Brasil é responsável pela violação ao direito humano a não ser submetido a escravidão e tráfico de pessoas de 85 trabalhadores resgatados da Fazenda Brasil Verde, localizada no estado do Pará, no ano 2000. A decisão notificada no dia

15 de dezembro de 2016 no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil, é o primeiro caso sobre escravidão e tráfico de pessoas decidido pela Corte, desenvolvendo e atualizando os conteúdos destes conceitos, de acordo com a Convenção e o Direito Internacional<sup>3</sup>. Não se trata de um controle de convencionalidade, mas as medidas que foram sugeridas para combate à essas práticas, podem configurar um tipo de adequação das normas internas ao Pacto.

Em março de 2000, dois jovens conseguiram escapar da Fazenda e após denunciarem a situação em que se encontravam, o Ministério do Trabalho organizou uma fiscalização. Durante a fiscalização os trabalhadores manifestaram sua decisão de sair. O relatório da fiscalização indicou que os trabalhadores se encontravam em situação de escravidão. Os trabalhadores foram aliciados por um “gato” nos locais mais pobres do país e viajaram durante dias em ônibus, trem e caminhão até chegarem à Fazenda. Suas carteiras de trabalho foram confiscadas e assinaram documentos em branco. As jornadas de trabalho eram de 12 horas ou mais, com um descanso de meia hora para almoçar e apenas um dia livre por semana. Na Fazenda eles dormiam em galpões com dezenas de trabalhadores em redes, sem eletricidade, camas ou armários. A alimentação era insuficiente, de péssima qualidade e era descontada de seus salários. Eles se adoentavam com regularidade e não recebiam atenção médica. O trabalho era realizado sob ordens, ameaças e vigilância armada.

Ao analisar o caso, a Corte IDH observou que o conceito de escravidão e suas formas análogas evoluiu e não se limita à propriedade sobre a pessoa. Desta maneira, para defini-la deve-se observar a demonstração do controle de uma pessoa sobre outra, que chegue a equiparar-se à perda da própria vontade ou a uma diminuição considerável da autonomia pessoal. Essa manifestação do exercício “de atributos da propriedade”, nos dias atuais, deve ser entendida como o controle sobre uma pessoa que lhe restrinja ou lhe prive significativamente de sua liberdade individual, com intenção de exploração mediante o uso, a gestão, o benefício, a transferência ou o despojamento de uma pessoa. Em geral, este exercício se apoiará e será obtido por meio de violência, fraude e/ou a coação.

O Pacto traz a expressão “tráfico de escravos e de mulheres”, mas a interpretação mais favorável e do princípio pro persona, e com a finalidade de dar efeito útil à Convenção de acordo com a evolução destes conceitos, a Corte considerou que esta expressão deve ser entendida como “tráfico de pessoas<sup>4</sup>”. Além disso, a definiu como: i) o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas; ii) recorrendo à ameaça, ao uso da força ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à uma situação de vulnerabilidade, à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios, para obter o consentimento de uma pessoa a fim de que se tenha autoridade sobre ela. Para os menores de 18 anos esses requisitos não são condições necessárias para a caracterização de tráfico; iii) com qualquer fim de exploração.

O Brasil não adotou medidas específicas, e tampouco atuou com devida diligência para prevenir a forma contemporânea de escravidão à qual foram submetidas estas pessoas, nem para por fim a esta situação. Esse descumprimento de seu dever de garantia é particularmente sério quando se leva em consideração o seu conhecimento sobre o contexto e a particular situação de vulnerabilidade

3 [http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/cosme\\_rosa\\_genoveva\\_y\\_otros.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/cosme_rosa_genoveva_y_otros.pdf)

4 [http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/cosme\\_rosa\\_genoveva\\_y\\_otros.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/cosme_rosa_genoveva_y_otros.pdf)

destes trabalhadores, de maneira que a Corte considerou que o Estado é responsável pela violação da proibição da escravidão e servidão, estabelecida na Convenção Americana.

Nenhum dos procedimentos legais internos determinou qualquer tipo de responsabilidade, nem serviu para obter reparação para as vítimas ou chegou a estudar a fundo as violações denunciadas. Foi decidido aplicar a prescrição a esses processos, apesar do caráter imprescritível desse delito de acordo com o Direito Internacional. Para a Corte a falta de ação e de sanção destes fatos se deve à normalização das condições às quais as pessoas com determinadas características nos estados mais pobres do país eram submetidas. Portanto, a Corte considerou que o Estado havia violado o direito de acesso à justiça das 85 vítimas, e também de outros 43 trabalhadores que foram resgatados em 1997, e que tampouco receberam uma proteção judicial adequada.

Em razão destas violações, a Corte ordenou diversas medidas de reparação, entre as quais se destaca:<sup>5</sup> i) reiniciar as investigações; ii) adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de direito internacional de escravidão e suas formas análogas, e iii) pagar as indenizações correspondentes. A Corte supervisionará o cumprimento integral da Sentença.

## 6. O Caso Damião Ximenes Lopes

O primeiro julgamento na Corte apenas em 2006, a demanda n. 12.237, que é conhecida como Caso Damião Ximenes Lopes<sup>6</sup>. Como ocorre por força das disposições nos tratados da OEA, a demanda começou na Comissão, que fez um juízo de admissibilidade, em 1 de outubro de 2004, seguindo a determinação e obrigação de examinar petições e comunicações (BUERGENTHAL, 1988:148). A condenação, por sua vez, foi em 4 de julho de 2006 pelo descaso brasileiro diante da morte de Damião Ximenes Lopes, pessoa com deficiência mental e paciente do hospital psiquiátrico Casa de Repouso Guararapes, em Sobral (Ceará). O falecimento ocorreu três dias depois da sua internação, no dia 4 de outubro de 1999, em razão dos maus-tratos e agressões que recebera por parte dos funcionários da clínica.

Devido à comprovação dos fatos, a Corte entendeu que o Brasil desrespeitou os artigos 4º (direito à vida) e 5º (direito à integridade pessoal) do Pacto, conjugados com o artigo 1.1 da mesma, pois não cumpriu sua obrigação geral de respeitar os direitos da Convenção, como está na sentença que condenou o Brasil pela violação dos artigos 8º (direito às garantias judiciais) e 25 (direito à proteção judicial) em relação aos familiares de Damião Ximenes Lopes. Ficou provado o descaso das autoridades brasileiras na investigação policial e no processo para a punir os agressores.

Pela sentença, o processo para elucidação do fato criminoso não foi efetivo, contendo omissões das autoridades policiais que não tomaram todas as diligências cabíveis para a colheita de provas<sup>7</sup>. Depois de mais de seis anos do delito, não havia sido proferida sentença penal em primeira instância. Como consequência, no campo civil, a ação de reparação dos danos também se encontrava pendente<sup>8</sup>.

5 <http://www.corteidh.or.cr/corte/>.

6 Corte IDH. Caso Ximenes Lopes versus Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf). Acessado em 18 de novembro de 2016.

7 Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2006, Parágrafo 164, alínea “b”.

8 Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, supra nota 7, Parágrafo 112.

Para o tribunal, os Estados devem ser responsabilizados “por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos em violação dos direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Pacto”<sup>9</sup>. Na Sentença unanime reconheceu-se a violação dos direitos previstos nos artigos 4.1, 5.1, 5.2, 8.1 e 25, todos em relação com artigo 1.1, que prevê a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos dos tratados.

Para os juízes, o Brasil deveria: “garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos”; publicar a sentença, em 6 meses, no Diário Oficial e noutro de grande circulação nacional; continuar a promover programas de formação e capacitação profissional de psiquiatras e psicólogos, enfermeiros e demais pessoas ligadas ao atendimento de saúde mental, para atendimento de pessoas com deficiência mental; pagar, no prazo de um ano, indenizações aos familiares de Damião Ximenes Lopes pelos danos materiais e imateriais sofridos; pagar em dinheiro, no prazo de um ano, as custas e gastos processuais tanto em âmbito interno quanto no processo perante o sistema; apresentar relatório das medidas adotadas para o cumprimento da sentença<sup>10</sup>.

O Brasil indenizou os familiares em 2007, e em 29 de junho de 2009 condenou em primeira instancia os autores do crime, responsabilizando seis pessoas, entre médicos e enfermeiros, pelo crime de maus tratos<sup>11</sup>. As três resoluções da Corte sobre o cumprimento da sentença acabaram, mas a supervisão continua sobre as políticas públicas de saúde mental, em 2016.

A doutrina pouco se ocupou dos reflexos, mas temendo novas condenações, o Poder Legislativo brasileiro por meio de uma Emenda à Constituição, n. 45 de 2004 institui no artigo 109 um parágrafo: “Aos juízes federais compete processar e julgar:

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, 2004) ”.

Por violação graves devem ser entendidos os direitos econômicos e sociais, à infância e juventude e meio-ambiente, mas apenas para casos excepcionais, pois há princípio do artigo 34: “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: b) direitos da pessoa humana”.

É um instrumento político-jurídico, de natureza processual penal objetiva, destinado assegurar à efetividade da prestação jurisdicional em casos de crimes contra os direitos humanos, previstos em tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro faz parte. Foi pensado para garantir um dos fundamentos da República: a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF) e para preservar um dos princípios pelos quais se guia o Brasil nas suas relações internacionais e internas: a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, II, CF), que tem aplicação imediata, por força do artigo 5º, §1º, da Constituição. Foi uma forma da União se preservar da responsabilidade internacional do Brasil perante cortes e organismos internacionais por julgamentos sem as garantias do Pacto.

9 Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, supra nota 7, Parágrafo 172.

10 Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, supra nota 7, Parágrafos 262.6 a 262.12.

11 Corte IDH. Caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 21 de Setembro de 2009, Parágrafo 9.

## 7. A Construção Do Controle

A ideia de controle de convencionalidade nasce na jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, mas é aperfeiçoada na Corte IDH, como ressalta (Sagúes, 2011:348), em especial pelo trabalho do juiz brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, mas com outras importantes contribuições.

Há também divergência sobre o nascimento do controle no Velho Continente, com citações ao Tribunal de Luxemburgo (Figueiredo, 2016:87) e também ao caso 6/64, *Costa Vs. ENEL*, ainda no processo de integração econômica da União Européia dentro da Teoria de Integração Econômica estabelecida por (Ballassa, 1961:12).

Este caso *Costa Vs. ENEL* é referente ao controle interno que é exercido pelos juízes nacionais na comunidade européia a partir de 1964, quando ficou decidido que as leis e normas comunitárias, tanto primárias como secundárias são proeminentes em face da legislação interna anterior, como posterior, incluindo as Constituições nacionais dos Estados-membros. Portanto, há uma subordinação da legislação interna, embora haja outros julgamentos.

Na década de 70, o Conselho Constitucional da França na decisão 74-54 DC estabelece um importante e inovador precedente, mesmo se colocando como incompetente para apreciar preventivamente as leis diante dos tratados ratificados pela República francesa no âmbito da Convenção Européia.

Ainda estava em curso o processo de unificação dentro da teoria de integração econômica, com normas de Direito de Integração caminhando para o Direito Comunitário, que consolidaria mais tarde o novo modelo de bloco europeu. Surge a tese de um controle das leis internas, já que as leis internas teriam que se adequar aos tratados de direitos humanos do bloco comunitário.

A tese foi aceita na Corte IDH por meio de vários julgamentos e todas as adequações são construídas com base no repertório de tratados da OEA, que são fontes do controle de convencionalidade. Para (Loianno, 2010:786) são o Estatuto e o Regulamento Interno da Corte Interamericana junto com o Pacto de San José e a jurisprudência da Corte. No entanto, a Carta da OEA e a Declaração também compõem o acervo.

No Brasil, Valério de Oliveira Mazzuoli aponta que são três as possibilidades de adequação diante das normas internas nacionais diante dos tratados: “A) Tratados e convenções de direitos humanos, aprovados nas Casas do Congresso, em dois turnos, por 3/5 dos votos serão equivalentes às emendas constitucionais. B) Tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento ordinário terão o status de supralegal. C) Tratados internacionais que não versarem sobre direitos humanos serão equivalentes às leis ordinárias”. No entanto, há entendimento de que todos os tratados de direitos humanos seriam supralegais em nível de OEA.

## 8. Controle Internacional E As Mudanças

Entende-se por controle de convencionalidade internacional os feitos no âmbito

do Sistema Interamericano, composto da Comissão e da Corte IDH, este nas duas competências, consultiva e contenciosa.

Na Argentina, segundo Marta Helia Altabe de Lértora (2008, p. 251) o artigo 2 da Lei n. 23.054/84 aprovou internamente o Pacto no ordenamento interno, ou seja, que as sentenças e opiniões consultivas são de aplicação obrigatória pelas autoridades nacionais, como pelas províncias e municípios.

Uma Justiça transnacional, como revela (Velandia 2014:87), sendo que o juiz Sergio Garcia Ramires diz que há uma função de conciliar as normas internas com a ordem internacional reconhecida pela Convenção, o que ocorre na Colômbia e Argentina.

As sentenças pioneiras no controle de convencionalidade são: Lacayo vs. Nicarágua, Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Myrna Chang Vs. Guatemala, Almonacid Arellano Vs. Chile, entre outros dentro da compatibilidade do artigo 62. Há casos: El Amparo Vs. Venezuela, Caballero Delgado vs. Colômbia, Castillo Pàez Vs. Peru, Suarez Romero Vs. Equador, Castillo Petruzzi e outros Vs. Colômbia, “Barrios Altos” Vs. Peru, Periódico “La Nacion” Vs. Costa Rica, Caesar Vs. Trinidad e Tobago, Fermin Ramírez Vs. Guatemala e Raxcacó Reys Vs. Guatemala.

O controle de convencionalidade é um mecanismo de proteção processual transnacional que é exercido nas hipóteses nas quais o direito interno brasileiro seja incompatível com o Pacto, com o objetivo de garantir a supremacia da citada Convenção, mediante um exame de confrontação normativo. A dita obrigação de respeito e garantia, portanto, ultrapassa as fronteiras e autoridades nacionais, bem como as legislações dos Estados-partes, que devem aplicar, sem dúvida, ainda que como consequência a revogação de normas internas, incluindo dispositivos constitucionais.

Essa tese fica clara na sentença do caso “La Última Tentación de Cristo, que decidiu pela condenação do Chile, para o fim de modificar sua Constituição. Nesse sentido, (Sagués, 2015:124).

Um tribunal localizado na Costa Rica determina a modificação, revogação, anulação ou reformas de normas ou mesmo políticas executivas internas, visando proteger os direitos humanos. Na Colômbia, (Velandia e Beltrán, 2012:118) aceitam que o controle de convencionalidade atinja também outras espécies normativas além das federais: “acto legislativo, ley, decreto ley, decreto legislativo, decreto regulamento, ordenanzas departamentales, decretos expedidos por el gobernador departamental, acuerdos municipales os decretos emanados dele alcalde municipal”.

A doutrina estrangeira vai ao encontro ao entendimento defendido que todas as normas internas precisam obedecer aos tratados de direitos humanos da OEA. Mas, não apenas o Pacto, mas também outros tratados, as decisões da Corte e sua jurisprudência.

A jurisprudência da Corte como modelo de controle estabelecido em nível internacional serve como parâmetro para os juízes e órgãos ou tribunais internos em todos os níveis. Essa posição surge segundo (Sagües, 2014:23) no caso Radilla Pacheco Vs. México, que no parágrafo 340 traz novas o uso da jurisprudência da Corte.

A partir dessa decisão, a Corte pode exercer ex-officio um controle de convencionalidade das normas internas frente ao acervo jurisprudencial.

Há uma sentença que estabelece que outros tratados no âmbito da OEA, o caso Gomez Palomino Vs. Peru, de 22.11.2005, quando pela primeira vez houve controle de convencionalidade com base na Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas de Belém do Pará (MAZZUOLI, 2016:68). Mas, há evolução.

Com base no artigo. 62 da Convenção há outro avanço no caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, no qual são usados tratados de direitos humanos no âmbito da Organização das Nações Unidas, pois a sentença usa as chamadas Leis de Genebra. Portanto, há controle dinâmico e complementar das obrigações convencionais dos Estados de respeitar e garantir os direitos humanos, conjuntamente entre as autoridades internas e as instâncias internacionais, de modo que os critérios de decisão podem ser conformados e adequados entre si.

A mudança substancial na fundamentação ocorre nas alegações que mantém a competência material contra o direito à vida (arts. 4. 1 19 da Convenção), integridade pessoal (art. 4.1 e 5.1), propriedade privada (arts. 21.1 e 21.2), a circulação e direito de residência(art. 22.1) e ausência do devido proceso legal(arts. 8.1 e 25) e outros dispositivos relativos a uma presumível violação do Direito Internacional Humanitário, que faz parte dos tratados da Organização das Nações Unidas. A sentença em conformidade com o artigo 67 da Convenção e o artigo 68 do Regulamento interpretou a sentença de exceções preliminares, fundo e reparações, emitida pelo tribunal em 30 de novembro de 2012<sup>12</sup>.

## 9. Caso Gomes Lund Vs. Brasil

A sentença da Corte IDH no Caso Gomes Lund y otros - Guerrilha do Araguaia Vs. Brasil (2010, loc. cit., par. 325.3, p. 113.) em seus pontos resolutivos, decidiu, por unanimidade que as disposições da Lei da Anistia são inválidas e precisam ser revogadas. Até 2016, o Brasil ainda não cumpriu a sentença:

[...] impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. (Grifo nosso)

Há uma determinação de invalidar a Lei da Anistia, que deve ser declarada não recepcionada e no parágrafo 325.4-7 da sentença, declarou:

[...] é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em prejuízo das pessoas indicadas no parágrafo 125 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 101 a 125 da mesma.

12 [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_263\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_263_esp.pdf).

O desaparecimento forçado de pessoas ocorrido no regime militar viola o direito à integridade pessoal, pois desrespeita a integridade psíquica e moral dos familiares, que tem a certeza de suas mortes, mas estão privados de seus corpos, como está na sentença (Parágrafo 240): “a privação do acesso à verdade dos fatos sobre o destino de um desaparecido constitui uma forma de tratamento cruel e desumano para os familiares próximos”, sendo dever das democracias proporcionarem aos familiares uma rápida e eficaz reparação.

Nesse sentido, (JAYME, 2005:124) diz que uma das violações “mais frequentes nestes regimes é a prática do desaparecimento de pessoas (...)”. A atuação das autoridades e da jurisdição interna dos estados, incapazes de evitar ou apresentar uma solução adequada, no sentido de julgar os responsáveis por tais atos hediondos, compele as vítimas ou seus familiares a recorrerem à proteção supletiva e complementar do sistema interamericano de direitos humanos, que tem na Corte seu órgão soberano.

Desde o julgamento Gomez Palomino Vs. Peru, de 20.11.2005, a Corte utilizou outros tratados da OEA para invalidar normas e controlar a constitucionalidade. No caso foi usado a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, aprovada em Belém do Pará em 1994. Para (Oliveira, 2016:68), o caso Gudiel Álvarez e outros (Diário Militar) Vs. Guatemala, de 20.11.2011 serviu para a Corte reforçar o entendimento, que devem ser usados como parâmetros outros tratados, como as Convenções sobre Desaparecimento Forçado e para Prevenir e Punir a Tortura.

Noutro aspecto, tal situação também constituiu violação ao direito à liberdade de expressão, uma vez que esta compreende, conforme entendimento da Corte<sup>13</sup>, a “liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza”, sendo direito de qualquer cidadão o acesso às informações sob o domínio do Estado, ressalvadas as restrições autorizadas pela Convenção. Assim, para a Corte, nos países Democráticos deve vigorar o “princípio da máxima divulgação”, e prevalecer “a presunção de que toda informação é acessível, sujeita a um sistema de exceções<sup>14</sup>”.

Para Corte, a investigação dos fatos é uma forma de reparar a violação sofrida, o que infelizmente não ocorreu, já que, como já dito, a Ação Ordinária proposta com o intuito de obter acesso aos documentos oficiais atinentes as ações militares perpetradas contra a Guerrilha do Araguaia apresentou demora excessiva, violando os artigos 8.1 e 13 da Convenção<sup>15</sup>.

No que diz respeito aos documentos considerados secretos ou confidenciais pelo Brasil, a Corte lembrou que, em se tratando de violações de direitos humanos, o Estado não pode se negar a oferecer as informações solicitadas, independentemente de o documento ser considerado por ele secreto ou confidencial, seja por interesse público ou segurança nacional<sup>16</sup>.

Por fim, a Corte condenou o Brasil pela violação dos arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º, 13 e 25 da Convenção, confirmando os pedidos da Comissão, que pediam condenou o Brasil a pagar indenização pelos danos materiais, imateriais sofridos e restituição das custas e gastos processuais em âmbito interno e perante o Sistema Interamericano, assim como “tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos”, “realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso”, “oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram”, “realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares”, “conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los”.

Além de publicar a sentença em conformidade com o determinado pela Corte IDH, o Estado brasileiro editou a Lei 12.528/11, criando a Comissão da Verdade e a Lei 12.527/11 atinente ao acesso à informação.

A Comissão da Verdade analisou e esclareceu algumas das violações de direitos humanos ocorridas no período de 18 de setembro de 1946 até a promulgação da Constituição de 1988, “a fim de que efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”, conforme dispõe o artigo 1º da referida Lei. O prazo legal de duração dos trabalhos da Comissão foi de dois anos, com um relatório de conclusões e recomendações pertinentes. Apurou-se as graves violações ocorridas na ditadura militar para estabelecer

13 Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, supra nota 29, Parágrafos 197.

14 Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, supra nota 29, Parágrafo 199.

15 Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, supra nota 29, Parágrafos 184 a 185, 201, 220 a 225.

16 Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, supra nota 29, Parágrafo 202.

responsabilidades no âmbito civil e revelação da verdadeira história. Mas, o Brasil ainda persiste respeitando a decisão do Supremo Tribunal Federal no tocante a aplicação da Lei da Anistia, fato que pode gerar outras condenações perante a Corte Interamericana.

Quanto à Lei de acesso à informação, esta veio para salientar o disposto na Constituição de 1988 e na Convenção Americana, de modo que, conforme artigo 21 da aludida Lei, não “poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais”, e nem poderão ser objeto de restrição de acesso as “informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas”, estabelecendo a Lei responsabilidade para seus descumpridores.

Portanto, diante de tais atos do governo brasileiro, embora ainda sejam nítidas algumas resistências, espera-se pelo cumprimento total do disposto na sentença do Caso Guerrilha do Araguaia.

A Lei da Anistia, por outro lado, foi objeto de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, a qual foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, “objetivando a declaração de não-recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto no § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979”. A tese era da não recepção, pois se trata de uma norma anterior, ou seja, elaborada antes da Constituição de 1988, quando da vigência da Carta de 1969.

Julgada em 29 de abril de 2010, anos depois da denúncia feita pela Comissão a Corte IDH, sendo que o Supremo Tribunal Federal, por 7 (sete) votos a favor e 2 (dois) votos contra, considerou recepcionado o disposto no § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979 pela norma suprema brasileira. Portanto, o Brasil ainda não acatou a decisão de controle e invalidação da Lei da Anistia.

No caso do Brasil, a temática fica patente no caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia), que pede determina que Lei de Anistia, que foi considerada recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, não tem validade. Há outros julgamentos que consolidaram esse entendimento como Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, e ainda Cabrera García e Montiel Flores vs. México.

## 10. Prisão Civil E O Controle Interno

Por controle interno de convencionalidade se entende todos os mecanismos usados pelo Poder Judiciário no Brasil, mas também pelos controles feitos pelo Executivo e Legislativo por meio de instrumentos próprios dentro dessa dupla compatibilidade vertical. Há internamente dois tipos de checagem de parâmetros frente aos tratados internacionais no controle de convencionalidade: os preventivos e os repressivos. Os dois tipos vão checar se as leis ou atos federais, estaduais e municipais se estão de acordo com os tratados de direitos humanos do Pacto e outros da OEA. Para tanto, ou seja, há um confronto material que pode usar controle difuso ou mesmo o concentrado ou via de ação para checagem de parâmetros.

No entanto, essa dupla checagem vertical no País deve ser feita inicialmente durante o processo legislativo, no chamado controle preventivo do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.

No Judiciário, no controle difuso interno, há um importante precedente firmado em 22 de novembro de 2006, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, em que o Ministro Gilmar Mendes proferiu:

(...) a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidades entre Estados pactuantes, conferindo-lhe lugar privilegiado no ordenamento jurídico. (...)

A elaboração dos atos normativos em lealdade com os tratados de direitos humanos, obedecendo ao parâmetro material apenas.

O controle preventivo de convencionalidade é o sistema de checagem que ocorre durante o processo legislativo e tem como objetivo impedir ou prevenir a introdução de uma norma que viole um tratado de direitos humanos no cenário jurídico. São instituídas barreiras que impedem as normas brasileiras de adentrarem o ordenamento jurídico, quando desrespeitam os documentos internacionais. Esse controle ocorre antes ou durante o processo legislativo, ou seja, quando a norma ainda não está pronta e acabada.

Na fase inicial do processo legislativo, o próprio deputado ou senador autor do projeto de lei deve analisar a compatibilidade do projeto com o Sistema Interamericano. Após a etapa introdutória, o projeto é remetido às Comissões Legislativas, especialmente à Comissão de Constituição e Justiça, onde novamente ocorre a análise da compatibilidade do projeto, tendo como parâmetros os tratados de direitos humanos.

Os pareceres ou decisões da Comissão de Constituição e Justiça podem não ter caráter de decisão terminativa do feito.

Superada essa fase, o projeto é encaminhado ao Presidente da República que tem duas condutas a seguir: a sanção ou o veto. O veto do Presidente da República ao projeto de lei pode ter a partir de agora três fundamentos: a violação de um tratado de direitos humanos, a inconstitucionalidade do projeto ou a falta de interesse público.

Surge um novo tipo de veto com fundamento na contrariedade do projeto aos tratados da Organização dos Estados Americanos, que também é veto jurídico, mas com fundamento diferente na sua justificativa. Porém esse veto não é absoluto, podendo ser derrubado por maioria absoluta de cada Casa Legislativa. Depois da sanção presidencial ocorre a promulgação e publicação da lei, encerrando-se o controle preventivo.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, quando existe proibição de discussão de “cláusulas pétreas”, o controle preventivo poderá ocorrer, excepcionalmente, pela via jurisdicional. É o chamado direito função.

Como é firmado pela doutrina na interpretação do parágrafo 2.o. do artigo 5., os direitos expressos não excluem outros que estão nos tratados internacionais. Com a possibilidade de direitos e garantias individuais nos tratados, o Supremo pode impedir a discussão de um projeto de lei que viole essa parte do núcleo imodificável no tocante a subtração de direitos previstos nos tratados de direitos humanos.

No Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo é exercido após a existência da norma, quando esta já adentrou o ordenamento jurídico. Pode ser checado pelo sistema misto, ou seja, é realizado tanto na forma difusa quanto concentrada, mas já existe uma lei, ato normativo ou ato no ordenamento que não está de acordo com os tratados de direitos humanos.

A via difusa, também denominada de exceção, de defesa ou indireta, é, em síntese, a arguição da incompatibilidade de um ato normativo ou lei, dentro de um processo judicial comum, frente às normas do Pacto.

Por sua vez, a via concentrada, também chamada de direta, ou de ação ou ainda de controle abstrato é uma ação com a finalidade única: a declaração de uma norma como nula por violação de um tratado internacional, usando as ações como Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. O artigo 97 da Constituição traz a cláusula da reserva de plenário, estabelecendo que na via difusa e concentrada, a declaração dessa nulidade deve ser pelo voto da maioria absoluta dos membros ou do respectivo órgão especial.

No caso do controle difuso, o Supremo julgou o caso da alienação fiduciária e a não devolução do bem – depositário infiel – prevista no artigo 652 do Código Civil, em pertinência com o artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal:

Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedendo a um ano, e ressarcir os prejuízos.

O controle repressivo no Brasil trouxe como primeiro caso a proibição da prisão civil do depositário infiel prevista como possibilidade no art. 5º LXVII que confrontava com o art. 7.7 da Convenção, que diz: Ninguém deve ser detido por dívida, Este princípio nas limita os mandamos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar!.

Assim sendo, no tocante a prisão civil, o artigo 7º, 7 do Pacto de São José da Costa Rica determina que:

Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Da interpretação do referido dispositivo legal, tem-se que a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos somente admite a hipótese de prisão civil (meio coercitivo de pagamento) em caso de descumprimento de obrigação alimentícia, enquanto que, como exposto em linhas anteriores, a Constituição Federal admite a prisão em duas hipóteses: descumprimento de obrigação alimentícia e ainda, no caso de depositário infiel. Assim, é patente o conflito existente entre a Lei Fundamental e ordinária pátria e a Convenção Americana.

No tocante ao controle concentrado, não há dúvida que a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental podem ser usadas pela invalidar as espécies normativas primárias previstas no artigo 59 da Constituição Federal.

A Corte IDH tem entendido que o controle de convencionalidade é um dever por parte dos tribunais locais, não podendo ser afastado por qualquer pretexto segundo (Mazzuoli, 2011:137). Deve se entender que além daquele processo transnacional apresentado diante da Corte, o tribunal maior do Brasil tem o dever de controlar a supra legalidade.

Será denominado como via de ação, uma vez que deve existir uma provocação por parte dos legitimados do artigo 103, que colocam em movimento a jurisdição.

Há um controle concreto, que pode se apresentar difusamente em processos civis, penais, administrativos ou constitucionais, como indica a obra coordenada por (Ferrer 2012:2-12). Se como ficou claro na prisão do depositário infiel julgado

pelo STF e nas sentenças da Corte IDH, qualquer Juiz ou Tribunal do Brasil pode não aplicar uma lei que confronta a Convenção Americana dos Direitos Humanos, dando aplicação direta ao tratado.

## 11. O Controle No Superior Tribunal De Justiça

Uma importante decisão sobre controle o Brasil foi feita pela quinta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que na decisão descriminalizou a conduta tipificada como crime de desacato a autoridade, por entender que essa tipificação é incompatível com o artigo 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica. Essa decisão de controle de convencionalidade foi tomada na sessão desta quinta-feira, dia 15 de dezembro de 2016<sup>17</sup>.

O ministro relator do recurso no STJ, Ribeiro Dantas, concordou com os argumentos do Ministério Público Federal de que os funcionários públicos estão mais sujeitos ao escrutínio da sociedade, e que as “leis de desacato” existentes em países como o Brasil atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação, que são esteios da democracia.

A decisão, unânime na Quinta Turma, ressaltou que o Supremo Tribunal Federal (STF), anteriormente, já havia firmado entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm natureza supralegal, ou seja, são superiores à legislação ordinária. Para os ministros, a condenação por desacato, baseada em uma lei federal, é incompatível com o tratado de direitos humanos no âmbito da OEA do qual o Brasil é signatário.

Ao apresentar seu voto, o ministro Ribeiro Dantas fez algumas ponderações importantes. O relator destacou que a decisão não invade o controle de constitucionalidade reservado ao STF, já que se trata de adequação de norma legal brasileira a um tratado internacional, o que pode ser feito na análise de um recurso especial, a exemplo do que ocorreu no julgamento da Quinta Turma.

“O controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, uma vez que a posição supralegal do tratado de direitos humanos é bastante para superar a lei ou ato normativo interno que lhe for contrária, abrindo ensejo a recurso especial, como, aliás, já fez esta corte superior ao entender pela inconvenção da prisão civil do depositário infiel<sup>18</sup>”, explicou Ribeiro Dantas.

O ministro ainda lembrou que o objetivo das leis de desacato é dar uma proteção maior aos agentes públicos frente à crítica, em comparação com os demais, algo contrário aos princípios democráticos e igualitários do Brasil.

“A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo<sup>19</sup>”, destacou o ministro.

O magistrado apontou que a descriminalização da conduta não significa liberdade para as agressões verbais ilimitadas, já que o agente pode ser responsabilizado de outras formas pela agressão. O que foi alterado é a impossibilidade de condenar alguém, em âmbito de ação penal, por desacato a autoridade.

17 [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade).

18 [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade).

19 [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade).

No caso submetido a julgamento, um homem havia sido condenado a cinco anos e cinco meses de reclusão por roubar uma garrafa de bebida avaliada em R\$ 9,00, por desacatar os policiais que o prenderam e por resistir à prisão. Os ministros afastaram a condenação por desacato.

## 12. Conclusão

O controle de convencionalidade é vital para efetivação dos direitos humanos, com muitas possibilidades para a anulação de normas internas quer sejam de nível constitucional quer sejam infraconstitucionais com base nos tratados de direitos humanos da OEA e da ONU, além da jurisprudência da Corte.

O Sistema Interamericano trouxe o modelo de controle de convencionalidade da Europa como um fiscal da respeitabilidade por parte dos Estados-parte da OEA em relação aos direitos que eles se obrigaram proteger.

Pelas análises feitas fica claro que se trata de uma instância superior, supranacional, que visa à aceleração da proteção por um mecanismo supranacional. No entanto, o controle pode ser feito de forma eficiente internamente, como fica demonstrado nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Portanto, há possibilidades internas no Brasil com tribunais superiores e todos os magistrados federais, enquanto que no Sistema há três possibilidades: Comissão e a Corte, sendo esta por dois tipos: contencioso e Opinião Consultiva.

O controle pode ser feito pela Comissão Interamericana, pois não há monopólio da Corte e o tribunal que trabalha na interpretação dos tratados pode também invalidar uma norma interna por meio das suas Opiniões Consultiva. São dois tipos de controle internacional não jurisdicional.

Nos casos abordados há bons exemplos de controle como no caso da prisão civil por dívida e o julgamento do Superior Tribunal de Justiça. A se lamentar que o Brasil não tenha cumprido todos os dispositivos da sentença da Corte IDH no caso Guerrilha do Araguaia no tocante a revogação da Lei da Anistia.

Acredita-se que as sentenças proferidas pelo Judiciário brasileiro, tomando como parâmetro a Convenção e seus Protocolos Adicionais para anular leis surge como um novo caminho para adequação, ou seja, que os controle difuso e concentrado de convencionalidade são uma realidade pouco conhecida que pode ajudar na efetivação dos direitos humanos.

## ***Referencias bibliograficas***

“A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos”. (1993 jul/dez) Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, 46(182), 27-54.

“Acesso a la casación de las sentencias dictadas em materia de rectificación de informaciones difundidas em medios de comunicaciion social, em Problemas actuales del proceso iberoamericano”. (2006). Málaga: XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal.

ALTABE DE LERTORA, M. H. (2008). Control de convencionalidad <in> Revista Debates de Actualidade (200), Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

ANNONI, D. (2003). Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional: responsabilidade internacional do Estado. Curitiba: Juruá.

AYALA CORAO, C. M. (2008). Las modalidades de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La ciência Del derecho procesal constitucional IX. Madrid: Marcial Pons/UNAM IJ y la UNAN.

BALASSA, Béla. (1961). Teoria de Integração Econômica. Tradução de Maria F. Gonçalves e Maria E. Ferreira. Lisboa: Livraria Clássica.

BARROSO, L. R. (1998). Interpretação e aplicação da constituição. 2. ed. São Paulo: Saraiva.

BAZÁN, V. (2003). Defensa de la Constitución: Garantismo y Controles. Buenos Aires: Ediar.

BLINDER, R. B. (1992). An Overview Of International Human Rights Law. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

BOBBIO, N. (2004). A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus.

BUERGENTHAL, T. (1988). International humans rights. Minnesota: Westa Publishing.

CANOTILHO, J. J. G. (1993). Direito constitucional. Coimbra: Almedina.

CANÇADO TRINDADE, A. A. (1991). A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva.

“Evolution du droit international ao droit de gens: l'accès des individus à la justice internationale”. (2008). Paris: A. Pedone.

CANTOR, E. R. (2010). Acesso Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá: Colômbia.

CARVALHO, J. M. (1998). Os direitos humanos no tempo e no espaço: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história. Brasília: Brasília Jurídica.

“Coletânea de direito internacional, Convenção Americana Sobre Direitos Humanos 1969”. (2010). Revista dos Tribunais. São Paulo.

COMPARATO, F. K. (2008). A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva.

CONDE, F. J. (2002). Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. Murcia: Diego Marín Librero-Editor.

CORTE IDH. (2006). Caso Nogueira de Carvalho e Outro vs. Brasil. (2006). Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.

(2009). Caso Escher e Outros vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.

(2009). Caso Garibaldi vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.

(2010). Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.

(2011). Caso Garibaldi vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

(2012) Caso Escher e outros vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

(2012). Caso Garibaldi vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

CUCARELLA-GALIANA, L. A. (2015). Estudios de Derecho Procesal Constitucional y convencional. Bogotá: Ediciones Dcotrina y Ley Ltda.

“Curso de direito internacional público”. (2010). Revista dos Tribunais, 4. São Paulo: E ampl.

”Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso”. (2004). Buenos Aires: Santá Fé.

”Direitos humanos & cidadania: à luz do novo direito internacional”. (2002). Campinas: Minelli.

”Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito” (2010).

”El control de convencionalidad em el sistema interamericano y sua aticipos em El âmbito de los derechos econômico-sociales: concordâncias e diferencias em el sistema europeo”. (2015). Disponível em [HTTP://juridicas.unam.mx](http://juridicas.unam.mx)

“El control difuso de convencionalidad em el Estado Constitucional <in> Panorámica Del Derecho Procesal Constitucional y Convencional”. Madrid: Marcel Pons, 2013.

FERRER MAC-GREGOR, E. (2012). El control difuso de convencionalidad. Santiago de Querétaro: FUNDAP.

FIGUEIREDO, Marcelo. (2016). O controle de constitucionalidade e de convencionalidade

no Brasil, São Paulo: Malheiros,

FIX-ZAMUDIO, H. (2008). Reflexões comparativas sobre los sistema interamericano y europeo de protección de los derechos humanos <in> Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados. Cidade do México: Instituto de Investigações Jurídicas.

GEBRAN NETO, J. P. (2002). A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória. Revista dos Tribunais. São Paulo|.

GOMES, L. F. y MAZZUOLI, V. de O. (2009). Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica. Revista dos Tribunais, 2. São Paulo|.

GOMES, L. F., PIOVESAN, F., TRINDADE, A. A. C., DULITZKY, A. E., GALLI, M. B., MELO, M., PFEIFFER, R. A. y KRSTICEVIC, V. (2000). O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo.

GOZAÍNI, O. A. (1992). El proceso transnacional. Buenos Aires; Ediar.

HERRERÍAS CUEVAS, I. F. y DEL ROSÁRIO RODRÍGUEZ, M. (2012). El control de constitucionalidade y convencionalidad. México: Editorial Ubijos.

HITTERS, Juan Carlos. (2009). Control de Constitucionalidade y Control de Convencionalidade: Comparación. Universidad de Talca.

”Interpretación conforme y control difuso de convencionalid; el nuevo paradigma para el juez mexicano”. (2011).<in> Alejandro Saiz Arnaz e Eduardo Ferrer Mac-Gregor(coords). Control de Convencionalid, Interpretación Conforme y Diálogo, Jurisprudencial. Uma visión desde America Latina y Europa. México: Porrúa-UNAM.

ISAZA, H. E. (2016). Los Derechos Humanos y Sistema Interamericano. Bogotá, D. C: Ediciones Nueva Juridica.

“La universalidad de los derechos humanos y El estado constitucional”. (2002). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

LEDESMA, H. F. (2007). El agotamiento de los recursos internos em El Sistema de Protección de los derechos humanos, São José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

LLORENTE, F. R. (1995). Derechos fundamentales y principios constitucionales. Barcelona: Editorial Ariel.

LOIANO, A. (2010). El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tratado de Derecho Procesal Constitucional. Buenos Aires: La Ley.

“Los derechos humanos y su protección internacional”. (2009). Lima: Grijley.

LUÑO, A. E. P. (2003). Derechos humanos, estado de derecho y constitución. Madrid: Tecnos.

MARTOS, J.A. M. (2002). Minoría política & tribunal constitucional. Madrid: Trotta.

MAZZUOLI, V. de O. (2016). O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. Revista dos Tribunais, 4. ed. São Paulo.

MONTERISI, R. D. (2009). Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Plata: Librería Editorial Platense.

MORELOS, G. G. (2010). El Control Judicial Difuso de Convencionalidad de los Derechos Humanos por los Tribunais Ordinarios em Mexico. D.C.: Ubijos.

MOYA DOMÍNGUEZ, M. T. y VILLARREAL, D. (2011). Comisión Interamericana de Derechos Humanos <en> Tratados de los Tratados Internacionales. Buenos Aires: La Ley.

NEGRI, A. (2002). O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A Editora.

“Nuevas fronteras Del control de convencionalid: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”. (2014). <in> Revista de Investigaciones Constitucionais. 1(2) Curitiba, maio-ago.

“O Controle Jurisdicional Da Convencionalidade das Leis” (2011). Revista dos Tribunais, 4. São Paulo: Col. Direito e Ciências.

“O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. 4. ed.” (2000). Rio de Janeiro: Renovar.

PARDO POSADA, N. E. y HERNÁNDEZ DÍAZ, C.A. (2011). Las decisicones de los organos

internacionales, El bloque de constitucionalidad y su incidència em El derecho interno <in> Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: Agencia Imperial.

PEREZ TREMP, Pablo. (S.F.). Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional em la protección de los derechos fundamentales. Anuário de la Facultad de Derecho, n. 10. Universidade de Extremadura.

PIOVESAN, F. (2008). Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva.

RUSSOMANO, G. M. C. M. (1992). Direitos humanos. Curitiba: Juruá.

SANGÜES, N. P. (2011). Control de constitucionalid y control de convencionalid a propósito de la “constitucion convencionalizada”. Parlamento y Constitucion, n. 14.

SARLET, I. W. (2002). Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SILVEIRA, V. O. (2010). Estudos e debates em direitos humanos. Florianópolis: Conceito Editorial.

STRECK, L. L. (2000). Hermenêutica jurídica e(m) crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, “Tratado de direito internacional dos direitos humanos”. (1997-2003). Porto Alegre: Fabris.

TRINDADE, A. A. C. (1997-2003). Tratado de direito internacional dos direitos humanos. 1. ed. Porto Alegre: Fabris.

TRUCCO, M. F. (2011). La protección transnacional de los derechos humanos. El valioso aporte de la Corte Interamericana <in> Tratado de los tratados internacionales II. Buenos Aires: La Ley.

VELANDIA CANOSA, E. A. (2012). La Justicia Constitucional y sua modelo transnacional <in> Derecho Procesal Constitucional III (I). Bogotá: VC Editores Ltda.

ZAGREBELSKY, G. (1995). El derecho dúctil. Madrid: Editorial Trotta.

# Los derechos humanos y su interpretación, un acercamiento

María Teresa Guzmán Robledo<sup>1</sup>

## **Resumen**

Para una plena efectividad de los derechos humanos, éstos deben estar positivizados en una norma jurídica de mayor jerarquía, es decir, en las Constituciones de los Estados, por lo que su interpretación se encuentra supeditada a las reglas básicas y generales de toda exégesis jurídica, pero posee aspectos particulares. Dentro de esa interpretación de la Constitución encontramos la de los derechos fundamentales, que forman parte de la mayoría de las constituciones, y que son aún más particulares en cuanto a su disquisición, dado que poseen rasgos distintivos que hacen su análisis diferente a cualquier otra norma jurídica.

## **Palabras clave**

Dignidad; derechos humanos; interpretación; constitución.

## **Abstract**

To achieve full realization of human rights, they must be positivized on a higher legal hierarchy standard, ie, in the State's Constitutions. Therefore, their interpretation is subject to the basic and general rules of any legal exegesis, taking particular aspects. Within this interpretation of the Constitution, we find the fundamental rights that are part of most constitutions and are part of most constitutions, being more particular about their interpretation, since they have distinctive features that make their interpretation is made differently any other rule of law.

## **Keywords**

Dignity; human rights; interpretation; constitution

## **1. Introducción**

Si se realiza un examen histórico es incuestionable que los derechos que conocemos siempre se han completado al aplicarse desde una norma positiva; todas las formulaciones de los derechos que regulan la vida social lo han sido

\*Fecha de recepción:  
06 de abril de 2017  
Fecha de aprobación:  
24 de abril de 2017

1. María Teresa Guzmán Robledo: maestra en derecho constitucional y amparo; doctora en derecho electoral; actualmente es docente en la División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara e Investigadora Capacitadora en la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco. correo: maytegr1905@yahoo.com

como derecho en sentido estricto. Es a partir del siglo XIX que la positivación se considera una condición esencial para la existencia de los derechos con eficacia social, sin que se conciba una implantación de ellos al margen de la positivación; todos los textos constitucionales (expresión de un poder político democrático que interioriza las pretensiones morales justificadas como valores o principios políticos), recogen como derecho positivo a los derechos humanos, que se desarrollan, se aplican y se garantizan por otras formas de producción normativa, como la ley y la jurisprudencia.

En el siglo XIX, y más aún en el siglo XX, crece el protagonismo del derecho judicial en el proceso de positivación de los derechos fundamentales, debido a la actividad de la relación, creación, interpretación y aplicación de los derechos, que desplaza a la idea del derecho que se recoge de la ley y que se aplica mecánicamente (como se hacía en el anterior esquema del positivismo estatalista). Por otra parte, se llega a la misma consecuencia, desde el punto de vista de que los derechos, en caso de violación, deben ser garantizados por la acción de los tribunales de justicia, por lo que la garantía judicial de los derechos al permitir su eficacia forma parte del proceso de positivación (Peces Barba, 2004:107). Es en este punto en el que centramos el presente trabajo, en los diferentes criterios de interpretación que existen en torno a la labor jurisdiccional que llevan a cabo los operadores jurídicos al interpretar los derechos humanos cuando se someten a su jurisdicción violaciones a los mismos.

## 2. Dignidad humana

Abordar el tema de los derechos humanos forzosamente nos lleva a hablar de la dignidad. Si atendemos la conceptualización general que actualmente se ha dado a los derechos humanos, como “el conjunto de derechos inherentes a la dignidad de todo ser humano, necesarios para su bienestar y desarrollo, con los que se nace y el Estado reconoce a través de sus ordenamientos jurídicos”, encontramos a la dignidad como eje central o fundamento de dichos derechos; por ello se hace necesario iniciar con el tema de la dignidad humana.

Mucho se ha dicho para tratar de definir qué es la dignidad humana. Algunos filósofos la ligan con una concepción metafísica o religiosa, empero Díaz Romero (2013) aborda el tema desde el punto de vista de la ética humanista tomando como base lo señalado por Emanuel Kant, quien categorizó el fundamento de la dignidad humana bajo la regla de “Obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio”, y que la conducta de las personas tiene su origen en las órdenes de la conciencia como “imperativos categóricos” e “imperativos hipotéticos”, que sólo son acatables en el supuesto de que se quiera obtener un objeto real o posible. El imperativo categórico en el que asienta Kant el concepto de dignidad humana se complementa con la determinación de que “si bien todas las cosas e inclinaciones tienen un precio, sea comercial o afectivo, el hombre, siendo un fin en sí mismo, no tiene precio, sino un valor interno, esto es, dignidad.” Estos pensamientos filosóficos han influenciado al Tribunal

Constitucional Alemán para establecer la “tesis del objeto”<sup>2</sup> que tiende a descifrar el concepto jurídico de dignidad humana. Este concepto kantiano de dignidad humana es el más aceptado en la práctica jurisdiccional.

El concepto de dignidad humana también se encuentra ligado al razonamiento que poseemos los seres humanos, a diferencia de los demás seres vivos; así como a la libertad de las propias personas. A este respecto (Martín M, 2015)<sup>3</sup> toma como base lo señalado por el autor Peces-Barba, quien ha señalado que la dignidad es un status especial de la persona, en virtud de su razón, que la sitúa por encima de los demás seres vivos, razonamiento que lleva a las personas a buscar su desarrollo y perfeccionamiento humano en todas sus facetas. Esta idea está forzosamente vinculada a la idea de libertad, pues esto supone que únicamente desde el respeto a la libertad de las personas y sus derechos se puede guardar su dignidad, su capacidad de decidir y de desarrollar por sí mismo su naturaleza humana

Asimismo, la noción de dignidad guarda estrecha relación con el principio de igualdad, en este contexto la propia Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, en diversos arábigos consagra la igualdad jurídica, así como la prohibición de la esclavitud, como precepto de igualdad, ya que “donde aparece la esclavitud desaparece la dignidad”, dado que las personas pierden su calidad de seres humanos para convertirse en cosas susceptibles de enajenación, entre otras cuestiones. En este contexto la jurisprudencia ha interpretado en la tesis aislada CXLV/2012 con rubro *Igualdad ante la ley y no discriminación...*, que “la noción de igualdad deriva directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona”. Esto es, las personas somos iguales por el simple hecho de ser seres humanos, colocando a la dignidad como factor común y sustento de la unidad. Ahora bien, pasemos a estudiar los diferentes conceptos de derechos humanos que se han dado para así dar paso con mayor entendimiento al acercamiento del estudio de la interpretación de los derechos humanos.

### 3. Concepto de derechos humanos

De la mitad del siglo XX y hasta nuestros días se ha retomado de forma distinta la idea de los derechos humanos, por lo que se hace conveniente realizar un análisis de su concepción. La idea de su designación original consistió en equipararlos con los derechos civiles, garantías individuales o prerrogativas del ciudadano; sobre este punto puntualizó Carpizo:

El tema de los Derechos Humanos es recurrente en la historia de la humanidad, porque está estrechamente ligado con la dignidad humana, tuvo un gran impulso sobre ellos; pero es especialmente después de la Segunda Guerra Mundial y en estas últimas cuatro décadas cuando se convierten en una de las cuatro preocupaciones de las sociedades y cuando el tema se internacionaliza. Los horrores y la barbarie del racismo, y especialmente del nazismo, provocaron una reacción de indignación mundial. Con claridad se vio que este planeta tenía una alternativa. Vivir civilizadamente bajo regímenes democráticos y representativos, donde se respete la dignidad humana, para no caer en regímenes salvajes donde impera la ley del más fuerte y del gorila. (Carpizo, 1993:77).

2. (pp.2-3).

3. (pp.21-22).

En el proceso de elaboración de una definición de lo que son los derechos humanos se han encontrado algunas dificultades de orden sobre todo ideológico y doctrinario. El concepto depende en gran medida de la orientación que se asuma o de las ideas o tendencias que se profesen. Por ello se suelen encontrar diversas definiciones con matices distintos y en ocasiones hasta encontradas, en virtud de la dificultad de la relatividad de sus contenidos. Roccatti señala que no obstante su complejidad, es posible estudiar algunas definiciones que pueden servir para ubicarnos en el tema y el objeto central de estos derechos, y analiza a los siguientes autores (Roccatti, 1998:22).

Para el autor Antonio Tovel y Serra los derechos humanos son: “los privilegios fundamentales que el hombre posee por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad. Son derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser consagrados y garantizados por esta”.

A su vez, las autoras María Teresa Hernández Ochoa y Dalia Fuentes Rosado proponen la siguiente definición: “Los Derechos Humanos son los que las personas tienen por su calidad humana, pero es el Estado el que los reconoce y los plasma en la Constitución, asumiendo así la responsabilidad de respetar estos derechos, a fin de que cada individuo viva mejor y se realice como tal”.

Por su parte, Roccatti los define como: “conjunto de garantías que establecen los ordenamientos legales nacionales e internacionales con objeto de proteger, frente al poder público, los derechos fundamentales de los seres humanos, en cuanto a su dignidad y el respeto que merecen por el mero hecho de pertenecer a la especie humana”.

Y siguiendo la tendencia histórica, los define como: “El conjunto de prerrogativas que salvaguardan la vida y la dignidad de los seres humanos y que los criterios valorativos de la cultura y de la civilización moderna atribuyen a todos los integrantes de la especie humana sin distinción alguna”.

Pérez Luño define los derechos humanos como un 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 escala nacional e internacional (Pérez, 2006:230).

Por su parte, el Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM los define como: “el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano considerado individual y colectivamente”.

Por cuanto hace al derecho positivo, el anterior Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, derogado el 29 de septiembre de 2003, establecía en su artículo 6º una aceptable definición, al señalar que: “Los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano. En su aspecto positivo son los que reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que se recogen en los pactos, los convenios y los tratados internacionales suscritos y ratificados en México”.

Por su parte, Quintana (2009:21) propone la siguiente definición: “Se entiende por Derechos Humanos al conjunto de atributos propios de todos los seres humanos que salvaguardan, su existencia, su dignidad y sus potencialidades por el mero hecho de pertenecer a la especie humana, que deben ser integrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para evitar que el poder público y la sociedad los vulneren o violenten, por tener la calidad de derechos fundamentales”.

#### 4. Otros conceptos de derechos humanos

Los tratadistas del derecho internacional los definen como derechos fundamentales que el ser humano posee por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad, derechos que son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados. En sentido objetivo, son normas de derecho público constitucional de la más alta jerarquía jurídica, que protegen ciertos bienes jurídicos fundamentales que se consideran inherentes a la personalidad humana y cuya identificación y posición son producto histórico del desarrollo de la conciencia humana y la organización social. Por último, en sentido subjetivo, son las facultades que esta clase de normas otorgan a los titulares para que exijan de los obligados el cumplimiento de obligaciones (Becerra, 2013:258).

#### 5. Derechos fundamentales

Retomando los diferentes términos que se le han dado a los derechos humanos, Becerra Ramírez menciona lo que en su obra Gregorio Peces-Barba afirma en el sentido de que el término derechos humanos es, sin duda, uno de los más usados en la cultura jurídica y política actual, tanto por los científicos como los filósofos que se ocupan del hombre, del Estado y del derecho. También explica que se utilizan otras denominaciones, tales como: derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales y derechos fundamentales, inclinándose por utilizar el último de los mencionados como forma lingüística más útil y procedente porque es más precisa que la expresión “derechos humanos” y carece del lastre de la ambigüedad que ésta supone, además de que puede abarcar las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos sin incurrir en los reduccionismos iusnaturalistas o positivistas. Con esto le otorga al término “derechos fundamentales” la inclusión de los presupuestos éticos y morales de la dignidad humana y su relevancia jurídica, que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento; los derechos no quedan en simples pretensiones morales, sino que existe la posibilidad de su realización al momento que adquieren un valor jurídico, al ser recibidos por el ordenamiento jurídico, convirtiéndose en un instrumento imprescindible para que los individuos se desarrollen en la sociedad (Becerra, 2011:112).

Por lo que, desde un punto de vista teórico se amplía dicha noción al definirse, en opinión de Luigi Ferrajoli, como derechos universalmente que se suscriben a todas las personas, a todos los ciudadanos, a todos los sujetos con capacidad de

obrar, cualquiera que sea la extensión de la clase de sujetos que en un determinado ordenamiento jurídico sean calificados como personas que los haga titulares para el ejercicio de alguna expectativa positiva o negativa por derivación de un mandato normativo (Ferrajoli, 2001:19).

## 6. Características de los derechos humanos

Para poder completar y comprender desde una perspectiva internacional el concepto en estudio, es preciso abordar algunas características de los derechos humanos, tales como:

- La internacionalización. La competencia en la materia es ahora compartida por los Estados y la comunidad internacional; los principios de no intervención y soberanía, así como el dominio reservado de los Estados, se actualizan en contornos nuevos en virtud de que se ha internacionalizado el control del cumplimiento efectivo de los derechos humanos.
- La subsidiariedad. Es el Estado nacional quien tiene prelación en el entendimiento de los casos; el accionar el mecanismo internacional tiene lugar cuando se hayan agotado los recursos internos.
- La irrenunciabilidad. Las organizaciones internacionales, por razones éticas, no pueden declinar su jurisdicción cuando estén habilitadas para tramitar casos de violaciones de derechos humanos.
- La progresividad. Conlleva dos aspectos, por un lado, los derechos humanos siempre serán progresivos, lo que quiere decir, que se pueden incorporar nuevos derechos al catálogo de los reconocidos, y por el otro, los ya existentes nunca perderán su vigencia.
- La socialización de su alcance. Constituye un avance que comprende a toda la humanidad; se debe en gran medida a la vigencia del principio de igualdad, contemplado en todas las declaraciones y convenios generales sobre derechos humanos. Este principio enuncia que, si los derechos humanos son inherentes a la persona, todos los seres humanos, sin excepciones, deben poseerlos.
- La universalidad. Los derechos fundamentales del hombre son expresión de la dignidad intrínseca de todo individuo, debiendo ser respetados y aceptados por todos los Estados. La ONU en su preámbulo ha comprometido a sus miembros a su cumplimiento como condición esencial de la paz (en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993 se dispuso que los derechos humanos sean: universales, indivisibles e interdependientes, siendo estos los pilares en que se sustenta su reconocimiento y protección).
- La indivisibilidad e interdependencia. Este es el segundo gran principio que ha de inspirar la promoción y respeto de los derechos humanos.
- El catálogo de derechos. Todo sistema de protección internacional de los derechos humanos posee un catálogo de ellos que se reconocen como tales y que los Estados parte se obligan a reconocer y respetar.

También debe destacarse que existen límites a los derechos humanos, debido a la restricción por la legislación nacional o a la restricción temporal de ciertos derechos. Los derechos humanos no son, en general, absolutos y admiten su

restricción por la legislación nacional. Para salvaguardar estos derechos, el sistema internacional establece normas que el Estado debe acatar, esto es, las condiciones generales que autorizan a una restricción del ejercicio de un derecho humano deben establecerse por ley y deben señalarse las razones que el legislador puede invocar para restringir tales derechos (Moya, 2004 pp. 266-267).

## 7. La interpretación de los derechos humanos

En su condición de norma jurídica, la interpretación de la Constitución se encuentra supeditada a las reglas básicas y generales de toda exégesis jurídica, pero posee aspectos particulares, al mismo tiempo que, como norma suprema, supone el criterio hermenéutico fundamental de todo el ordenamiento jurídico (Pérez, 2003:268). Dentro de esa interpretación de la Constitución encontramos la de los derechos fundamentales que forman parte de la mayoría de las constituciones y que son aún más particulares en cuanto a su interpretación; ya que poseen rasgos distintivos que hace que su interpretación se realice de forma diferente a cualquier otra norma jurídica. Se tiene por una parte el lenguaje utilizado al constitucionalizarlos; y por otra, una fuerte carga emotiva que condiciona e influye su interpretación.

Las constituciones contienen insertos en ella a los derechos fundamentales, sin que se especifique un significado concreto, por lo que corresponde a los operadores jurídicos llevar a cabo la interpretación de ellos. En primer lugar, dicha tarea es del legislador y posteriormente al resto de los sujetos que utilizan el derecho, los cuales poco a poco van delimitando su significado, siendo clave el papel de la interpretación (Peces- Barba, 2004: 305).

En el plano constitucional los derechos fundamentales aparecen positivizados a través de dos sistemas: el de la *lex generalis* o de cláusulas generales y el de las *leges speciales* o casuístico, métodos que a su vez pueden combinarse en un sistema mixto que es frecuentemente utilizado en las constituciones; en el sistema de cláusulas generales los derechos fundamentales aparecen consagrados en forma de valores o principios, mientras que en el sistema de leyes especiales o casuístico se positivizan como normas específicas que concretan y pormenorizan el alcance de dichos derechos. Lo que supone que en el último supuesto los derechos básicos se encuentran expresados en forma de reglas, por lo que no existen características importantes respecto de su interpretación y pueden seguirse los métodos utilizados para las demás normas (Pérez, 2003:286).

Las características de los derechos fundamentales se han clasificado en externas e internas, las primeras se refieren a la relevancia social e individual, pero también a la contemplación de los derechos como instrumentos de legitimación del sistema jurídico; las segundas afectan al resultado de la interpretación de los derechos fundamentales y nos recuerdan su significado para el sistema.

El significado que un operador jurídico otorgue a un derecho es distinto según lo interprete, pudiendo ser, entre otros, desde el punto de vista iusnaturalista o positivista; desde una posición liberal o socialista; según se quiera primar la perspectiva ética o la jurídica; según se defienda una interpretación subjetiva u

objetiva. No sólo influirá en la interpretación de los derechos la posición teórica que el intérprete posea de los mismos, sino también su concepción del derecho en general (Peces-Barba, 2004:305).

Existen diferentes puntos de vista que inclinan a preferir unos argumentos u otros en la solución de problemas de interpretación y la aplicación de los derechos fundamentales, así como paradigmas o modelos consecuentes de la experiencia histórica doctrinal del constitucionalismo que proporcionan argumentos coherentes para concretar la norma; con la finalidad de reducir la complejidad del proceso argumentativo y crear seguridad jurídica en la interpretación. Lo que se conoce como marcos de interpretación o como teorías de los derechos fundamentales.

Las teorías aportan argumentos de forma alternativa o conjunta de consideración al debate, lo que puede explicar que normalmente la jurisprudencia constitucional no es reflejo de una sola teoría, aunque en la interpretación de cada derecho concreto tienda a prevalecer una teoría u otra; en virtud de que no todas las teorías son igualmente convincentes para cada problema en particular, siempre y cuando sean adecuadas y no contravengan a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

## 8. Criterios de interpretación de los derechos humanos

### 8.1 Posición preferente de los derechos fundamentales

Como ha quedado establecido, los derechos fundamentales se encuentran en la mayoría de las Constituciones de los países, considerándose normas básicas; y en caso de no estar contenidos en ellas, se encuentran vinculados en éstas directamente por medio de tratados internacionales, ya sea en una relación horizontal, o inmediatamente inferior en jerarquía; por tanto, al ser parte de las normas fundamentales, ocupan dentro de él, un lugar preferente. No sólo es el fundamento formal el que justifica esta característica de los derechos fundamentales, también existe un fundamento material, ya que precisamente es la Constitución quien los reconoce, por tratarse del reflejo jurídico de los valores éticos de libertad y dignidad básicos en la sociedad democrática, es por ello que “no pueden entenderse sin Constitución ni la Constitución sin derechos fundamentales”. Esto, sin dejar de advertir que los derechos no necesariamente deben estar constitucionalizados, para ser considerados como fundamentales y les sean otorgadas las garantías y protección correspondientes, también se deben tratar como tales los derechos que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico, gracias a los tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por los Estados.

Esta posición primordial es precisamente la que establece como criterio de interpretación que todo el ordenamiento deba ser interpretado de acuerdo a los derechos fundamentales, de manera que estos resulten más eficaces y desarrollen su mayor potencialidad, lo cual quiere decir que debe llevarse a cabo la interpretación más favorable a los derechos fundamentales. Es entonces evidente que, previo a realizar cualquier interpretación de normas constitucionales, es

necesario hacer una interpretación de los derechos fundamentales; sin dejar de lado la teoría de fundamentación, dado que esta vinculación preferente del intérprete tiene una dimensión positiva, en virtud de que impone una auténtica obligación de promoción y de optimización de los derechos fundamentales, no sólo como mandatos a respetar, sino como objetivos a alcanzar; y siempre tomando en cuenta que también tiene una dimensión negativa, en el sentido de que los derechos fundamentales forman una barrera más allá de la cual el intérprete no puede entrar sin incurrir en inconstitucionalidad (León & Gómez, 2010:42).

## 8..2 Moral y crítica

En el caso de que los derechos fundamentales sean enunciados como principios, se debe utilizar para su interpretación la moral crítica, que consiste en argumentos de naturaleza prescriptiva, la cual trata de indicar qué comportamiento es bueno o justo ante un problema determinado. Pero debe diferenciarse la moral crítica de la positiva o social, pues la última es una descripción de lo que, de hecho, se considera bueno o justo en una sociedad específica (respecto de la moral positiva o social se considera de poca ayuda al razonamiento jurídico, porque si se aceptara como argumento para fijar el contenido y alcance de un derecho fundamental, lo que la mayoría de las personas consideran bueno o justo, la propia función de los derechos fundamentales como límite frente a las decisiones de la mayoría quedaría en entredicho).

Para que la moral crítica pueda ser aceptada como sustento de una interpretación debe ser realista y respetuosa con las exigencias de la democracia y, por tanto, deben rechazarse aquellas interpretaciones que aun estando avaladas por argumentos de filosofía, política y moral, conduzcan a soluciones poco viables. Debe respetarse el texto interpretado y ser coherente con la tradición y el contexto de la norma constitucional; se podría hablar en esta parte del método de interpretación sistemático o del principio de la concordancia práctica, en el cual, siguiendo la máxima de que las normas constitucionales forman un todo, éstas deben ser interpretadas y aplicadas del modo más acorde para el correcto funcionamiento del sistema en su conjunto (León y Gómez, 2010 pp.49-50).

Se utilizan los argumentos morales principalmente en la jurisprudencia, tomando en cuenta los precedentes de las decisiones de los tribunales que se encargan de interpretar los derechos fundamentales; este criterio de interpretación se manifiesta no sólo en los casos en los cuales el tribunal aplica reiteradamente una regla que se formuló con anterioridad, sino también en los casos en los que la extiende a situaciones con nuevas circunstancias. Pueden presentarse casos en los cuales, debido a la existencia de una nueva característica, no puede llevarse a cabo esta extensión (Alexy, 1997 p. 539), y es aquí donde se puede aducir un precedente en favor o en contra de una decisión; de igual forma, debe citarse si alguien quiere apartarse de un precedente llevando a cabo una argumentación. Por ello se dice que los derechos fundamentales constituyen un auténtico “*derecho jurisprudencial*”, puesto que es precisamente la jurisprudencia la que completa el enunciado de las declaraciones de derechos, dotándolas de concreción y certidumbre.

### 8.3 Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad tiene una función que no es exclusiva de la interpretación de los derechos humanos, la cual consiste en estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales, que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones; de esta manera, el principio funciona como un criterio metodológico, por medio del cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales contenidas en la norma constitucional. Es un instrumento de control para los poderes públicos, ya que consiste en una técnica tendente a que la consecución de los intereses públicos no se realice a costa de los derechos e intereses de los particulares, sino que se busque un punto de equilibrio entre ambos.

El principio de proporcionalidad exige que la decisión interpretativa de un enunciado exprese un significado necesario para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, habiéndose ponderado las ventajas y sacrificios que esa decisión produce en el ordenamiento. Requiere además este principio, que el valor o bien jurídico sacrificado lo sea únicamente en la medida necesaria para dar efectividad a aquel que goza de prioridad; y, por tanto, a igual efectividad debe preferirse siempre la solución menos gravosa.

Por lo que siempre habrá un derecho que se limite para que el otro pueda llevarse plenamente a cabo (León & Gómez, 2010:51).

El aludido principio de proporcionalidad implica la teoría de los principios y la máxima de proporcionalidad, con sus tres máximas parciales que son: 1. La necesidad o intervención mínima, que se refiere a que la medida limitativa puede ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, en el sentido que no debe existir otro medio menos gravoso para lograrlo; 2. La adecuación o idoneidad, esto es, que realmente logre alcanzar el objetivo perseguido por medio de esta limitación; y 3. La ponderación, que se refiere a la proporcionalidad en sentido estricto; es decir, cuando dos normas fundamentales con carácter de principio entran en colisión, la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto (Alexy, 1997:112).

La finalidad es que el derecho fundamental debe ser limitado en lo estrictamente necesario para asegurar la protección de los otros derechos, bienes o intereses que lo limitan, por tanto, el daño a estos últimos debe ser real o un riesgo cierto, y mayor al que sufrirían si el derecho fundamental no se limitase.

Por lo anterior, algunos afirman que el principio de proporcionalidad utilizado para las normas de derechos fundamentales como parámetro de ponderación no corresponde a la proporcionalidad clásica, puesto que en este caso de lo que se trata es de alcanzar la compatibilidad, el equilibrio y la coordinación adecuada de varios e incluso contradictorios principios normativos. Una figura afín a este principio es la razonabilidad, con la diferencia de que esta última exigiría solamente que los actos de los poderes públicos se ajusten a los cánones de sentido común generalmente admitidos, no que dichos actos sean gravosos para el particular en el menor grado posible (Alexy, 1997:112).

## 8.4 Ponderación

Como ha quedado establecido, la ponderación es vista por algunos como parte del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

La ponderación es una de las características del neoconstitucionalismo, donde los principios predominan sobre las reglas, en tanto cuando las normas entran en conflicto interno suelen operar como se supone lo hacen los principios; la diferencia puede formularse así: cuando dos reglas se muestran en conflicto, ello significa que o bien una de ellas no es válida, o una opera como excepción a la otra. En cambio, cuando la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo simultáneamente válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial triunfe uno sobre otro. Llegando entonces al último de los rasgos enunciados, más ponderación que subsunción. Recibe el nombre de ponderación el tipo de juicio que se formula para resolver las antinomias entre normas constitucionales para las que no sirve el criterio de especialidad; un juicio complejo que desemboca en una declaración de preferencia cotidiana que otorga el triunfo a una de las normas en conflicto, pero lo hace sin pretensión de permanencia, sino limitado al caso concreto que se examina. El núcleo central del juicio de la ponderación consiste en otorgar preferencia a aquella solución que reporte lesión más liviana de una de las normas en conflicto a cambio de la más urgente o vigorosa protección en su contraria, partiendo naturalmente de que ambas normas en abstracto ostentan el mismo valor (Olano, 2006:34).

Jiménez Campo señala que el juicio de ponderación no es, de ninguna manera, privativo del derecho de la Constitución, aunque sí se pueden correr riesgos específicos, en virtud de que la textura abierta de la Constitución dificulta con frecuencia la identificación de los contornos de los bienes en presencia y facilita, al mismo tiempo, la infiltración acrítica en el juicio de jerarquizaciones que son por definición destructoras de la unidad de la propia Constitución; la ponderación en muchos casos es insoslayable para el juez, empero evidentemente será más racional, cuando más definidas estén las normas, de los bienes que pudieran estar contrapuestos; significando esto la labor judicial que debe realizarse, de reconocer y sopesar derechos y bienes constitucionales, a través de la legalidad y que ninguna ponderación será precedente, de otra parte, si la Constitución remite a la ley expresa o implícitamente, la limitación de aquello que protege (Jiménez, 1991:55).

En la mayoría de los casos la figura de la ponderación aparece cuando los derechos fundamentales se presentan en forma de principios; dándose esta forma de interpretación cuando existe una colisión entre ellos, de manera que debe realizarse una ponderación entre los distintos valores, evaluando las razones a favor de cada valor con la finalidad de encontrar el punto de equilibrio entre ellos. Para que en esta técnica de interpretación no se incurra en el subjetivismo se proponen tres exigencias a las que este criterio debe ajustarse (León y Gómez, 2010:53):

- a) se debe llevar a cabo un cuidadoso análisis de las características del caso concreto, tanto en sus aspectos fácticos como en sus aspectos jurídicos; y ello no solo para saber con precisión donde y como se produce la colisión entre valores, sino también porque debe ocurrir que un examen atento permita solucionar el caso sin sacrificar un valor a otro;
- b) se debe establecer cuál de los dos principios es el más “digno de protección” para el caso

concreto, así se debe determinar el grado en que cada uno de los valores en colisión se ve afectado, en principio, debe darse prioridad a aquel que pone en juego aspectos más próximos a su núcleo central de significado, pero en ningún caso sin sacrificar un valor a otro;

c) debe recordarse que la técnica de la ponderación no da respuestas en términos de sí o no, sino de más o menos. Por ello el resultado de la ponderación no tiene que ser necesariamente la prioridad absoluta de uno de los valores en presencia, a costa del completo sacrificio del otro. La ponderación consiste también en determinar, habida cuenta de las circunstancias del caso concreto, hasta donde hay que optimizar; es decir, estriba en hallar el punto justo de equilibrio entre valores opuestos.

La ponderación no es un procedimiento que en cada caso produzca una única solución, ya que depende de valoraciones que no son ellas mismas controlables a través del propio proceso. De esta manera, el sistema jurídico tiene, en virtud de la vigencia de las normas jurídicas fundamentales, un carácter abierto, cualquiera que sea la dimensión de esta apertura (Alexy, 1997:525).

### **8.5 Con relación al contenido esencial**

Esta técnica consiste en que el operador jurídico, al realizar la interpretación del derecho fundamental, tiene como límite el contenido mínimo o núcleo esencial del derecho, que por ningún motivo puede modificarse ni anularse. Con ello se pretende asegurar la vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma que este sólo pueda fijar sus límites al interpretar un derecho en los estrictos términos que predetermina la misma Constitución; si este límite afecta el contenido esencial del derecho, significa que no se está circunscribiendo el derecho, sino suprimiéndolo o privando a su titular de su disfrute (Prieto, 2003:230).

La teoría positivista ha establecido que el contenido esencial se vincula a la protección normativa de los intereses defendidos por el derecho, que apunta siempre a la tutela de la voluntad o autonomía individual frente a posibles intromisiones del Estado. Ahora bien, y por lo que respecta a la teoría de los valores, ella identifica el contenido esencial con el núcleo objetivo intrínseco de cada derecho como entidad previa a la reglamentación legislativa (Pérez, 2003:331).

El contenido esencial desempeña un importante papel a la hora de interpretar los derechos en materia legislativa. El legislador, a la hora de interpretar el significado de los derechos, esto es, a la hora de legislar, va a tener como límite la cláusula del contenido esencial que opera como meta de la actuación interpretativa. Sin dejar de lado que esta cláusula incide también en la actuación de los operadores jurídicos, por lo que puede considerarse que el contenido esencial es el límite de las limitaciones a los derechos fundamentales a la hora de su interpretación, puesto que, si el contenido esencial se vulnera, ya no será posible reconocer los elementos constitutivos que identifican dicho derecho (Prieto, 2003:232).

### **8.6 Principio de concordancia práctica**

El principio de concordancia práctica también se conoce como de “armonización” y deviene directamente de la interpretación constitucional; se aplica en general en la interpretación de los derechos fundamentales con la intención de que se alcance la efectividad óptima de ambos derechos a interpretar, es decir, la interpretación se llevará a cabo tratando en la mayor medida posible de que los dos resulten

optimizados, que haya un equilibrio y que en ningún caso se diga que uno de los dos tiene un rango superior a otro (León & Gómez, 2010:56).

### **8.7 Principio pro homine**

Este principio es un: "...criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o la interpretación más extensiva, cuando se trata de proteger derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria".

Se señalan dos variantes de este principio (León & Gómez, 2010:56):

- a) la preferencia interpretativa, con respecto del principio favorlibertatis donde las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos fundamentales deberán ser interpretadas restrictivamente y, donde el operador debe interpretar la norma de manera que mejor optimice su ejercicio; y, con respecto del principio de protección de víctimas o favordebilis, donde es necesario considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra se halla situada en inferioridad de condiciones; y
- b) la preferencia de normas, esta variante se refiere a que cada vez que una norma de derechos se encuentre en conflicto con una norma de poder, el caso debe ser resuelto escogiendo favorablemente la norma sobre el derecho, puesto que son estas las que orientan la actuación de los órganos del poder público.

El contenido del principio *pro persona* se puede materializar en tres axiomas constitucionales. El primero significa que ante dos o más normas que son válidas y sean aplicables al caso concreto sin que influya su jerarquía, se debe preferir la norma que proteja en mayor medida los derechos humanos; en segundo lugar, en cuanto a la interpretación, cuando existan dos o más normas que regulen una situación jurídica, se debe preferir la interpretación que proteja en mayor medida los derechos humanos; y por último, si existe una restricción o suspensión del ejercicio del derecho, dicha medida debe afectar lo menos posible su ejercicio (Fajardo, 2015:182).

### **8.8 Principio in dubio pro libertate**

Este principio alude a la presunción general de la libertad del ciudadano (propia de todo Estado de derecho), e implica que no sólo en supuestos dudosos deberá optarse por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que también conlleva concebir el proceso hermenéutico constitucional como labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto. El principio *pro libertate* implica que los derechos fundamentales deben interpretarse del modo más amplio posible, es decir, conforme a este principio debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca la libertad y restrictivamente todo lo que la limite (Pérez, 2003:315).

## **9. Interpretación basada en los tratados internacionales de derechos humanos**

A partir de la etapa de la internacionalización de los derechos humanos se ha venido incrementando la cantidad de tratados y convenios internacionales

referentes a diversos aspectos. La necesidad del cumplimiento de dichos tratados ha llevado a la comunidad internacional a presionar a los gobiernos para que ratifiquen los convenios, pero sobre todo el interés primordial es que, a partir de allí, no se dejen como documentos ineficaces. La interpretación de los derechos fundamentales que pueden hacerse tomando con base estos documentos es muy enriquecedora, a la vez que fomenta en gran manera la aplicación correcta de estos derechos; sin embargo, depende en gran parte en la forma en la cual cada Estado tenga contemplados estos documentos dentro de su ordenamiento jurídico.

Lo que guarda relación con lo estipulado en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que estipula que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes, o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos tratados. Esto quiere decir que la interpretación de los derechos la jurisdicción interna no admite desvincularse de la interpretación en la jurisdicción internacional (León & Gómez, 2010:57).

### **10. Artículo 29. Normas de Interpretación**

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

### **11. Conclusiones**

Los marcos de interpretación tienen como finalidad reducir la complejidad del proceso de argumentación de los derechos humanos (reducen la discrecionalidad de los juzgados), para crear seguridad jurídica en su interpretación, y que de esta manera los puntos de vista, los paradigmas o modelos consecuentes de la experiencia histórica doctrinal no afecten dicha interpretación, sino que aporten argumentos coherentes para concretar la norma. A través de la labor jurisprudencial se completa el enunciado de las declaraciones de los derechos fundamentales, dotándolos de concreción y certidumbre.

Pero es en nuestro país el principio *pro persona* el criterio hermenéutico que conforma los derechos humanos, al que debe acudir en la interpretación para aplicar la norma más amplia o la interpretación más extensiva, cuando se trata de proteger derechos humanos, o a la que restrinja menos derechos, cuando se trate de una restricción al ejercicio de un derecho o su suspensión extraordinaria.

Modelo que se incorporó a nuestra Constitución con la reforma de derechos humanos que se publicó en junio de 2011.

### Referencias:

- Alexy, Robert (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Becerra Ramírez, José de Jesús & Alférez Castro, Liliana (2013). *Derechos Humanos y Control de Convencionalidad*. Justicia Constitucional Local. México: UNAM. Posgrado Derecho y Tribunal Electoral del Estado de Jalisco.
- Becerra Ramírez, José de Jesús (2011). *El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de derechos fundamentales*, México: Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco, Ara Editores y UBIJUS.
- Carpizo, Jorge (1993) *Derechos Humanos y Ombudsman*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos e Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Díaz Romero, Juan (2013). *La Dignidad Humana*. Recuperado de: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/conferencias/2013/DignidadPersona/LaDignidadHumana.pdf>.
- Diccionario Jurídico Mexicano, Voz. Derechos Humanos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM.
- Fajardo Morales, Zamir Andrés (2015). *Control de convencionalidad. Fundamentos y alcance especial referencia a México*, México: CNDH.
- Ferrajoli, Luigi (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trota.
- Jiménez Campo, Javier (1999). *Derechos fundamentales y concepto de garantías*. Valladolid España: Trota.
- KANT, Emanuel (sf). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. “*Sean Cuántos...*”, 16ª. Ed., México: Porrúa.
- León Bastos, Carolina & Gómez Orfanel, Germán (2010). *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos (un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica)*. Madrid: Tecnológico de Monterrey.
- Moya Domínguez, María Teresa (2004). *Manual de derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera.
- Olano García, Hernán Alejandro (2006). *Interpretación y Neoconstitucionalismo*. México, Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Pérez Luño, Antonio Enrique (2003). *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 8a. ed., España: Tecnos.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio (2004). *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid: Dickinson.
- Peces-Barba, Gregorio (2003). *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas. Madrid: Dickinson.
- Martín Sánchez, María, (2015). *El Derecho a ser diferente: Dignidad y libertad*, México: CNDH.
- Prieto Sanchís (2003). Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid: Trotta.
- Quintana Roldan, Carlos F. & Sabido Peniche, Norma D. (2009). *Derechos Humanos*, México: Porrúa.
- Roccatti, Mireille (1998). *Derechos Humanos*, México: Porrúa.
- Tesis aislada cxlv/2012 (10ª). Igualdad ante la ley y no discriminación. Su connotación jurídica nacional e internacional. Amparo en revisión 796/2011. El rubro y texto de la tesis aislada fueron aprobados por la primera sala de la suprema corte de justicia de la nación, en sesión privada de 11 de julio de 2012.



# Sobre el poder: el poder político, la voluntad de vida, el Estado y la Constitución

Alfonso Myers Gallardo<sup>1</sup>  
José Fredman Mendoza Ibarra<sup>2</sup>

## Resumen

El desencanto en la política, del sistema y en lo referente al Estado y a su gobierno ha ido en incremento en las últimas décadas. Todo ello, en parte, ha sido auspiciado por el mal manejo del aparato estatal que emana de la capacidad de gobernar; en ese sentido, resulta perentorio dar cuenta que el Estado y su gobierno, la política y por ende su sistema, tienen como sustento el concepto del poder, y que éste, a su vez, encuentra su basamento en aspectos tan primigenios como es la voluntad de vida. En el siguiente ensayo se pretende dar cuenta de los elementos que constituyen esa voluntad de vida y reconocer que el poder político ha sido, es, y deberá ser considerado como un poder que posibilita e incrementa esa voluntad de vida de los miembros de una comunidad política o Estado. La importancia del consenso y libertad para materializar estas voluntades se explicarán a través de una breve revisión literaria que forjará la base teórica del ensayo.

## Palabras clave

Poder, voluntad de vida, Estado, consenso, libertad.

## Abstract

The disenchantment with politics, the political system, the State and its government, has been increasing exponentially in recent decades. In a great measure, all this status quo, has been sponsored by the mismanagement of the State apparatus and its capacity to lead the government. It's clear that the State and its government, and therefore politics and its system, is all supported by the concept of power, and hence the will of life. In the following essay, we aim to establish the main elements that constitute the will to live and recognize that the political power has always been the source of that provides tools to increase interest in the political community known as the State. A systematic literature review was conducted of studies that include consensus, freedom, constitutionalism and human rights in order developed new information that can be used for future research.

\*Fecha de recepción:  
10 de abril de 2017  
Fecha de aprobación:  
25 de abril de 2017

1 Alfonso Myers Gallardo: es candidato a Doctor en Estado de Derecho y Gobernanza Global, en la Universidad de Salamanca, España. Actualmente es research scholar en Princeton University. Máster en Democracia y buen Gobierno y Máster en Corrupción y Estado de Derecho. Premio Nacional de la Juventud en 2015. Ha hecho estancias de investigación en el CLAS de la Universidad de Pittsburgh y en el GIGA de Hamburgo. Correo: famg@princeton.edu y amg99@usal.es

2 José Fredman Mendoza Ibarra: Maestro en Ciencias Políticas y Administración Pública por la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), con estancia de investigación en el Área de Ciencia Política de la Universidad de Salamanca, España. Doctorando en el programa de Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas por la UANL. Ha hecho estancias de investigación en el Área de Ciencia Política de la Universidad de Salamanca y en la Universidad de Silesia en Katowice, Polonia. Correo: [josefredman@hotmail.com](mailto:josefredman@hotmail.com)

## **Keywords**

Power, State, consensus, freedom, will to power.

## **Sumario**

1. Introducción. 2. El poder como voluntad. 3. La libertad y el poder político como voluntad de vida. 4. El Estado y las estructuras sociales. 5. Constitución y derechos humanos. 6. A modo de conclusiones. 7. Referencias bibliográficas.

### **1. Introducción**

De cara a los posibles viajes semánticos inscritos en el término poder, éste se ha encontrado incrustado en diversas tensiones intrínsecas en función de la evolución del Estado, por un lado, y la dinámica social por el otro. En esa dirección, la ciencia que se ha encargado de dilucidar los elementos axiales y prácticos de la semántica del poder es la Ciencia Política; no obstante, ésta, a su vez, ha sido partícipe de diversas antinomias –como lo son las de lo público y lo privado; Estado y Sociedad; política y economía; lo universal y lo particular; e inclusive entre la ciencia política y la filosofía política, el constitucionalismo y los derechos humanos (Hegel, 1863; Rousseau, 1920; Hobbes, 1968; Bodin & Gala, 1992). En todo caso, ese *status quo* ha sido esponsorizado primigeniamente en un ambiente de divergencia en el paso de una sociedad feudal hacia una sociedad relacionada con el Estado moderno regido por leyes, derechos políticos y de propiedad individual comprometidos con el desarrollo económico.

Las consecuencias de lo anterior materializaron en el nacimiento de una burguesía que se libraba de antiguos enemigos al tiempo que fortalecía a otros de mayor alcance (Fromm & Germani, 1977), socavando la noción genérica del hombre y la idea intersubjetiva del desarrollo comunitario. Por un lado, la independencia de las antiguas cadenas feudales provocó el desarrollo y libertad individual, por otro lado, la confianza ganada se perdía en los temores y aislamiento de un ciudadano que cada vez luchaba por asimilar las múltiples oportunidades en función de la grandeza evolucionista y positivista de la sociedad y el Estado (Spencer & del Mazo, 1885). Es decir, se daba un paso adelante respecto a espacio de los derechos humanos, pero el proceso de adaptación a la prontitud de la evolución del Estado, en el mejor de los casos, estancaba el desarrollo individual y comunitario.

Es muy claro que la realidad de las sociedades se construye en función de la actividad del ser humano y de otros factores paralelos como la historia, el conocimiento y la realidad, que se convierten en elementos transformadores con el paso del tiempo (Gramsci, 2009: 44). Dicho de otra forma, la transformación política-social dependerá siempre de la participación y concientización de los individuos.

La hegemonía del Estado-nación o Estado moderno, al tiempo que después de la guerra fría y la caída del muro de Berlín predisponía del elemento de globalización y modernidad (Osorio, 2015), pronto fue viéndose socavada por los nuevos matices y nuevas dinámicas que atravesaban sus límites y lógicas

fundacionales; pues no era ya el aspecto puramente económico el que aparecía a relieve en las lógicas sociales, sino era el aspecto cultural el que irrumpía el escenario nacional.<sup>3</sup>

Partiendo de ello, es relevante dejar claro tres puntos: 1) la libertad es pieza fundamental en el desarrollo de los individuos y la sociedad; 2) el Estado ha sido, es y será un ente garante de tales libertades; y 3) las estructuras sociales son la bisagra que vincula a los individuos y al Estado. Así pues, la siguiente exégesis decantará por conocer cómo aparecen a relieve las voluntades de cada cual y a través de qué medios se materializan esas voluntades que caracterizan a todo individuo libre perteneciente a un Estado y la relación de lo anterior con el concepto de poder.

De tal manera que se comenzará por definir el poder como voluntad, para después relacionar el concepto de libertad positiva y negativa con la voluntad de poder, para así dar cuenta de las estructuras sociales en la relación de las voluntades y libertades y concluir con el papel del Estado en la afirmación de las libertades a favor de las voluntades de los individuos y el papel de la Constitución y los derechos humanos en la construcción del Estado. Al final se presentará la reflexión final de lo anteriormente estipulado.

## 2. El poder como voluntad

El ser humano es por antonomasia un ser viviente, con necesidades tanto materiales, como inmateriales. Además, se encuentra inmerso en relaciones humanas que reflejan participación dentro de una comunidad con el objetivo de darse, para sí mismos, instituciones objetivas y sistematizados como el derecho, la economía, la salud, la educación y la familia que paralelamente “organizan y determinan histórica y empíricamente todos los momentos de la intersubjetividad” (Dussel, 2009: 97; Guerrero, 2010) constituyendo la subjetividad social de los miembros de la comunidad.

La voluntad primigenia del ser humano se encuentra en la voluntad de permanecer en la vida humana. Es decir, una voluntad de *poder-vivir* que se determina en su aspecto corporal (Nietzsche, 2000; Vasconcelos, 1930) y se sustenta por los conceptos de *potentia* y *potestas*. El primero reconocido como “el ser oculto, el poder de la comunidad política misma” y el segundo, entendido como “el fenómeno, el poder delegado por representación, ejercido por acciones políticas a través de instituciones”, que se reflejan, en términos intersubjetivos, como construcción de los medios para hacer dable la voluntad de vida en la sociedad (Dussel, 2009: 59).

Es aquí donde la importancia de la *política* como la “actividad que organiza y promueve la producción, reproducción y aumento de la vida de los miembros de una comunidad” (Dussel, 2006) se torna imprescindible para la materialización de las voluntades de vida; y, así, el *poder político* se podrá entender como el poder-hacer de la comunidad en tanto y en cuanto posibilidad de darse las instituciones necesarias que procuren la permanencia y el aumento de la vida misma. Empero, por la magnitud de las comunidades, y la diversidad de sus miembros,

3. Sirvase de ejemplo las irrupciones a la arena política de los pueblos indígenas en América Latina para los cambios que trajo consigo tanto en aspectos jurídicos como sociales.

las voluntades podrán verse contrapuestas debido a múltiples intereses; en ese sentido, la razón práctico-discursiva se considera la mejor manera de aunar las distintas fuerzas y voluntades dentro de determinada comunidad política.

Con la razón discursiva por un lado, y con la razón estratégica por el otro, se hace del consenso una empresa de legitimidad para el funcionamiento material de las sociedades (Dussel & Apel, 2005; Habermas, 1994). Para ello, es necesaria la existencia de una comunión entre los aspectos culturales, económicos y ambientales con los elementos formales de legitimidad, como lo son el Sistema de Derecho y los distintos emisores onomasiológicos (partidos políticos, sociedad civil, entre otros).

Finalmente, la factibilidad con la que debe contar la materialización de la voluntad de vida en el ámbito público, tiene mayor relevancia cuando la sistematización da cuenta que el sistema mismo en ocasiones no es justo del todo, ni para todos. Desde Pablo de Tarso hasta Walter Benjamín y Emmanuel Levinas, se estipula que la ley no es el fundamento de la justicia; que el otro, el oprimido y las víctimas, son la materialización de ello, y que si el sistema democrático se sustenta en el consenso y legitimidad para constituir un espacio abierto y participativo en la vida política y pública, la voluntad de vida y su consecuente corporalización sirve de base a los primeros (Benjamin, 1991); (Levinas & Guillot, 1977); (Martos, 2007). Lo mismo sucede con los derechos humanos, su existencia se permea en base a los oprimidos y las víctimas, por eso, aunque parezca extraño, no es una cuestión de justicia, sino de equilibrio en las bases del Estado de derecho.

### 3. La libertad y el poder político como voluntad de vida

No obstante, la dicotomía conceptual no sólo se cristaliza en el terreno de la política, sino también en lo que concierne a lo político.<sup>4</sup> Visiblemente las diferencias podrán materializarse en inclusiones o rechazos –debates públicos– de conceptos básicos y acuciantes como democracia y participación política; pues cuando la brecha entre el reconocimiento de lo que (Dahl, 1992), llama “comprensión esclarecida” y las posibilidades reales en la correlación de fuerzas, es mayor y distan de forjar una sociedad y un Estado libre, el camino para el advenimiento de la posibilidad de vida peligra en el borde de la discriminación y la obstaculización de la vida política, especialmente para las minorías culturales (Gorostiza & Lujambio, 2006); (Althusser, 2008). Inherente a lo esbozado, y como un segundo momento del análisis, el argumento se estriba en la visualización de las posibilidades en tanto libertades políticas como en las adheridas por antonomasia a la participación.

Por un lado, se distingue entre la libertad negativa, como una “libertad de”, donde la posibilidad de elección entre lo existente es la imperante; por otro lado, una libertad positiva como una “libertad para”, que brega por la participación y el cambio de paradigmas (Berlin, 1958). Dichas posibilidades se encuentran en las cavilaciones en torno a la utopía que viaja desde la izquierda radical hasta la derecha más conservadora, y que sugiere un realismo crítico: otro orden posible (Dussel, 2009).

4. Las diferencias entre la política y lo político se entenderán en que en este último el estadio, tanto ideológico como de praxis, corresponde al terreno de las voluntades de los individuos inmersos en la sociedad, es decir, en la socialización volitiva de aquellos quienes trabajan por un contrato político que torne dable la vida en comunidad.

Y es a partir de aquí que surge la necesidad de señalar el papel del consenso, que por antonomasia representa el aspecto lingüístico del tema (Habermas, 1994), y las repercusiones que ello trae consigo cuando las visiones del propio lenguaje en tanto y en cuanto interpretaciones del mundo distan de converger en políticas públicas, procesos democráticos y respeto de los derechos humanos; cuando las diferencias en el lenguaje se enarbolan en el ambiente cultural y tan primigenio como la civilización “occidental” misma, podrán vislumbrarse obstáculos tanto ideológicos como de praxis.

Entonces, la importancia del consenso, entendido como un acuerdo entre sujetos libres, autónomos y racionales con una capacidad retórica que de consistencia en la unión de voluntades para la creación de instituciones que den las pautas de gobernabilidad requeridas, requiere de la dilucidación de la historia de las ideas que en él ejercen para la posterior praxis. Aquí es relevante distinguir el consenso con el asentimiento, ya que el segundo se refiere a la conformidad de un parecer ajeno en una circunstancia específica (Echeverría, 1962).

Las escuelas más clásica sobre consenso ha visto en el Estado la existencia de un poder que lo rige, discutiendo quién es el titular de dicho poder político (De Vitoria, 1528; Suárez, 1613). El poder, al igual que los derechos humanos, han sido concesiones a través del consenso entre grupos de poder bajo diversas teorías como la designación, la traslación y más recientemente la contratación humana (Rousseau, 1920). En todo caso, desde las diversas reivindicaciones y la socialización del debate de los derechos humanos se establece que el hombre por su propia naturaleza se inclina a vivir en sociedad, siendo importante la familia, pero necesaria la comunidad política y las reglas mínimas para subsistir y convivir. El Estado y el poder nacen de la naturaleza humana con base en los acuerdos que han ido construyendo los hombres, cristalizándolos en pactos o acuerdos: esto es un contrato y puede ser llamado de consentimiento y éste es necesario para ejercer el poder (Suárez, 1613); (Rommen & Arboleya, 1951).<sup>5</sup>

Ahora bien, en este sentido es imperante saber quién ha pertenecido a la construcción de los consensos y las ideas para conocer sobre qué son (Gaos, 1994). Es decir, el control que se profesa sobre el discurso importa, debido a que las acciones que se ejercen están subordinadas a la mente, y es en ésta donde el conocimiento, la experiencia, actitudes, valores, normas, ideologías, tópicos, confluyen y, por lo tanto, al momento de ejercer un control mental podrá implicar un control en las acciones (Aristóteles, 2004); (Van Dijk, 2011); (Wilk-Racięska, 2012).

Inevitablemente se deberá asirse a la concepción del mundo, de la historia y de la política, como sistemas donde confluyen continuamente relaciones de poder. En ese contexto, el poder político es del que se hará uso, y contiene tres elementos imprescindibles para su ejercicio en nuestra empresa: 1) voluntad política como voluntad de vida; 2) aspecto material del poder político como voluntad de vida; y 3) la factibilidad de la materialización de la voluntad de vida.

5. Para profundizar más sobre consentimiento político Vid.: (Paniker, 1953; Plamenatz, 1968; Ginsberg, 1982; Levi, 1997; Myers Gallardo, 2014; Rose-Ackerman & Palifka, 2016)

#### 4.El Estado y las estructuras sociales

El concepto clásico de Estado se desarrolló en medio de crisis en Europa y sobre el terreno de monarcas, absolutistas y de estamentos (Negri & Hardt, 2005) que hacían factible un ente regulador de comportamientos humanos, pues el estado de naturaleza, entendido como el deseo y la voluntad del ser humano a hacer daño y su imposibilidad a efectuar algún tipo de convenio o a ceder derechos y libertades –pues la naturaleza ha dado todo a todos– (Hobbes, 1968), precisaba de esquemas conductuales que constriñeran anacrónicas prácticas como el derecho a tener esclavos y el derecho de conquista a partir de la ley del más fuerte, como lo afirmaba John Locke (Locke, 1990); (Dunn, 1982); (Tully & Skinner, 1993).

El planteamiento de concebir las relaciones sociales como un contrato que protege derechos y posesiones a partir de una Voluntad General y de una libertad a no-pertenecer a límites estatales (Rousseau, 1920), queda socavado si se reconoce que el Estado: “apareció como una horrible tiranía, como una máquina trituradora, desconsiderada, y continuó trabajando de ese modo hasta que aquella materia hecha de pueblo quedara bien amasada y maleable, por tener también una forma” (Nietzsche, 2000: 110).

Lo anterior denota que el desarrollo humano y civilizatorio en el Estado confluye con las atribuciones que los integrantes de la sociedad adquieren y los límites que esto conlleva. Es decir, desde un inicio la historia ha dilucidado diferenciaciones dentro de la sociedad que reproducen antagonismos de clase (Marx, 2004) y hegemonía de clase a través de aparatos ideológicos, políticos y económicos (Poulantzas, 2005; Althusser, 2008).

Cabe destacar que el desarrollo de la humanidad ha sobrepasado por mucho los mecanismos que hacen visibles sus diferenciaciones sociales o de rol social, al tiempo que devana la conciencia subjetiva hasta convertirla en un pensamiento unidimensional, esto es: incapacidad de pensar cualquier cosa que no esté en un repertorio ya establecido, haciendo manifiesta la debilidad de comprensión teórica que precisa la actualidad y abandonando, voluntariamente, el elemento crítico para convertirlo así, en mero instrumento (Adorno & Horkheimer, 2007).

Dado lo anterior, el concepto de Estado (moderno) que más se ha proyectado en el siglo XX es la definición de Max Weber, éste concibe al Estado como “aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima” (Weber, 1969: 1056) y que ha sido respaldado cuando se alude que “está caracterizado por relaciones de subordinación entre gobernantes y gobernados, esto es, entre detentadores del poder de mandar y destinatarios del deber de obedecer” (Bobbio, Bovero, & Santillán, 1985).

Tales definiciones suponen una dicotomía dentro del entramado societal; no obstante, la forma de abordar la complejidad social en términos de “coacción física legítima (violencia)” y el destino insoslayable de subordinación entre gobernantes y gobernados, entre amigo/enemigo, socava la voluntad primigenia de los seres humanos, esto es: la voluntad de vida (Vasconcelos, 1930).

La naturaleza constitutiva del Estado-nación, en términos pragmáticos, se apropia de la concepción de pueblo para erigir un concepto general que se resume

en que “el Estado es poder; la Nación es su representación; el pueblo su cimiento sólido y natural; y la soberanía nacional es la cima de la historia” (Negri & Hardt, 2005: 124). Sin embargo, la historia de México y de América Latina en general, llena de conquistas e imposiciones, supone no una homologación de identidades étnicas, lingüísticas, religiosas o culturales, sino más bien la formación de un Estado a partir del predominio de otras nacionalidades (Dussel, 2006). Resulta evidente que el poder en una perspectiva moderna y occidental se encuentra fetichizado, corrompido y desnaturalizado como dominación.

## 5. Constitución y derechos humanos

Conceptualmente, la Constitución desde lo racional y lo normativo establece exhaustivamente las funciones fundamentales del Estado a través de los órganos, es decir, crea un nuevo orden al establecer competencias y relaciones entre los ciudadanos, el Estado y los nuevos órganos del Estado. Lo anterior despersonaliza la idea de soberanía y socializa que el Estado y el poder, tiene límites (Sieyes, 1963). Esta idea reenvía al Poder a la necesidad de organizar al Estado con normas que se adecuen al momento histórico, eliminando las arbitrariedades y la negación de autoridades absolutas que son elementos esenciales para el nacimiento del Estado liberal de Derecho con una jerarquía en sus normas. Dicho de otro modo, la Constitución es una renovación solemne del contrato social que da origen y legitimidad al poder y construye un puente del poder a la Constitución y de ésta a los derechos humanos, partiendo del consenso y consentimiento y no del asentimiento.

Ahora bien, el concepto desde la óptica de lo histórico tiene varias comprensiones sincrónicas, pero establece que el avance hacia la Constitución y los derechos no es el resultado de la razón de las sociedades de otras épocas, sino de la lenta transformación histórica, del arraigo de usos y costumbres y de eventos que han cambiado lánguidamente porque cada pueblo es distinto y la circunstancias tienen un valor (Burke, 1984); (Bustos Gisbert, 2005). Desde el concepto sociológico, la literatura se ha decantado por señalar que la Constitución es parte de la historia, pero resultado del presente y de las situaciones estructurales de la sociedad (Lassalle, 1984); (Sunstein, 2004).

Si bien los conceptos nos sitúan en el debate de las ideas, es relevante distinguir los momentos de creación: la tradición francesa, la británica y la estadounidense (Bustos Gisbert, 2005). Sin profundizar en cada una de ellas, el papel de los derechos fundamentales en la tradición francesa ha sido esencial. Las posturas contractualistas (Locke) y estatalistas (Rousseau) lo explican claramente (Rousseau, 1920); (Locke, 1990). Locke considera que, en una situación de inexistencia del poder, hay una situación pacífica, donde los hombres se limitan a sobrevivir, siendo racionales y respetuosos, pero cuando existe una inseguridad jurídica donde se lesionan los derechos deben de nacer pactos: el Pacto de creación de la sociedad y el Pacto de creación del Estado. Por su parte, Rousseau plantea que los derechos de los ciudadanos se dan en favor de la comunidad, pero se toman las decisiones respecto de la voluntad general, es decir, los seres humanos deciden gobernarse de determinadas formas. En todo caso se trata

de derechos de abstención y de defensa, pero son derechos que requieren de la colaboración del Estado para su plena realización, con la finalidad de transformar la sociedad a través del poder del Estado. Cabe resaltar que, en la tradición estadounidense, los derechos fundamentales se aprueban por las enmiendas y se reconocen en las constituciones de los estados por lo que implica una división de poderes más compleja que las otras tradiciones, por lo que bebe de una doble fuente: los pactados con la monarquía (tradición inglesa) y los pactados en un contrato (tradición francesa). En todo caso, gozan de la capacidad evolutiva y de la interpretación que nace de los tribunales que tienen como norma que la ley queda subordinada a la Constitución.

Así, la naturaleza constitutiva de los elementos de poder en la actualidad se da con el contexto histórico, pero también con el presente y las circunstancias que enmarcan la organización de las sociedades. Para Bustos, la crisis de fin de milenio, que se da con la caída del muro de Berlín, consolida nuevas formas de afrontar los problemas sociales, políticos, económicos y culturales a través de un proceso de globalización que se adapta a las circunstancias sociodemocráticas, pero deja claro que el constitucionalismo es un diseño por y para el Estado (Bustos Gisbert, 2005).

Ahora bien, el estado de la cuestión del debate de la idea de Constitución se sitúa en otros tópicos como el estatismo (Walker, 2002), que plantea que ni el poder internacional ni el poder interno pueden obligar al Estado a hacer algo distinto a su potestad, dejando al descubierto los derechos humanos. También se argumenta que ni la constitución ni los derechos humanos son la resolución de todos los problemas del ser humano (fetichismo constitucional), ya que ponerla como la caja de pandora elimina el debate público de las ideas y se aprovecha del desencanto político para manipular sus necesidades de poder (del Estado).

Por otro lado, presenta elementos que aún no ponen fin al debate, pero que son de gran preocupación entre la doctrina: el sesgo normativo, la explotación ideológica y la desfasada validez de los conceptos constitucionales. En todo caso, aquí se intenta dar cuenta de que los elementos que constituyen la voluntad y reconocen al poder político, en gran parte se deben a los elementos constitucionales, pero dichos elementos no pueden permanecer estancados en ideologías históricas o debates estériles, sino que deben recuperar la idea de que los derechos humanos y, por ende, la Constitución son una ideología de combate a favor de las personas.

## 6. A modo de conclusiones

Resulta claro que el hombre difícilmente podrá lograr algo por sí solo si une la subjetividad con la objetividad; en el ambiente político existe la intersubjetividad, que vincula el uno con el otro. En ese sentido, el reconocimiento primigenio de las bases de poder político es indispensable para el acto de gobernar. La empresa a la que se deberá asistir en el campo político consiste en denunciar que cuando los poderes existentes radican en otras manos que no sean las de la comunidad política –ora en manos individuales, ora en la de varios individuos– la lógica decantará a

que tales grupos-personas emplearán el poder de manera desnaturalizada en su propio beneficio y contrario a los intereses generales.

Es materia de la ciencia y la investigación proponer las pautas teóricas que conlleven a una praxis apegada a la ética y a la moral, pues como Eduardo Manuel de Gorostiza (2006), reconocía desde el siglo XIX: “quien desea con ansia un objeto desea enseguida con igual ardor los medios que lo pueden procurar”, de tal manera que concienciar y procurar las buenas prácticas, tanto en la función pública como en el actuar ciudadano, será el acicate para un cambio asequible dentro del Estado y la sociedad.

Los problemas del desencanto político tienen impactos en la democracia y, por ende, en la Constitución y en los derechos humanos y la vida en general de los hombres. Aquí se intentó dar cuenta de algunos elementos, los más importantes, que constituyen problemas de poder político y que se encuentran en la doctrina y literatura esencial que pone al consenso y a la libertad como material para lograr un beneficio para el Estado y para el hombre, sin rebasar los límites de lo público ni erosionar el espacio privado que podría generar desconfianza, violencia e incertidumbre, por un lado, y estereotipos o ensueños reduccionistas sobre la democracia, el Estado de derecho y el buen Gobierno, por el otro.

### **Referencias bibliográficas**

- Adorno, T. W., & Horkheimer, M. (2007). *Dialéctica de la ilustración* Ediciones Akal.
- Althusser, L. (2008). *La filosofía como arma de la revolución* Siglo XXI.
- Aristóteles. (2004). *Tratados de lógica: (El organón)* Porrúa.
- Benjamín, W. (1991). *El narrador, en para una crítica de la violencia y otros ensayos.* madrid: Pub.
- Berlin, I. (1958). *Two Concepts of Liberty.*
- Bobbio, N., Bovero, M., & Santillán, J. F. (1985). *Origen y fundamentos del poder político* Grijalbo México^ eDF DF.
- Bodin, J., & Gala, P. B. (1992). *Los seis libros de la república* Centro de estudios constitucionales.
- Burke, E. (1984). *Textos políticos* Fondo De Cultura Economica USA.
- Bustos Gisbert, R. (2005). *La constitución red: Un estudio sobre supraestatalidad y constitución*
- Dahl, R. A., & Wolfson, L. (1992). *La democracia y sus críticos* Paidós Barcelona.
- de Gorostiza, M. E., & Lujambio, A. (2006). *Cartilla política* Fondo de Cultura Económica.
- De Vitoria, F. (1528). *Relectio de potestate civili: Estudios sobre su filosofía política [1528]* (J. C. 2. Pando Trans.). Editorial CSIC-CSIC Press.
- Dunn, J. (1982). *The political thought of john locke: An historical account of the argument of the two treatises of government* Cambridge University Press.
- Dussel, E., & Apel, K. (2005). *Del escéptico al cínico. (del oponente de la ética del discurso al de la filosofía de la liberación).* *Ética Del Discurso Y Ética De La Liberación. México, FCE.* 171-181.
- Dussel, E. (2006). *20 tesis de política* Siglo XXI.
- Dussel, E. (2009). *Política de la liberación II. Arquitectónica, Trotta, Madrid,*
- Echeverría, R. (1962). *El valor político del consentimiento popular. Revista De Estudios Políticos, (122), 113-142.*
- Fromm, E., & Germani, G. (1977). *El miedo a la libertad.* Paidós.
- Gaos, J. (1994). *Historia de nuestra idea del mundo.* UNAM.
- Ginsberg, B. (1982). *The consequences of consent: Elections, citizen control, and popular acquiescence* Addison Wesley Publishing Company.
- Gramsci, A. (2009). *Notas críticas sobre un intento de ensayo popular de sociología. Id., La Política Y El Estado Moderno, Trad.De Jordi Solé Tura, Madrid: Diario Público,*

- Guerrero, O. (2010). *La administración pública através de las ciencias sociales* Fondo de Cultura Económica.
- Habermas, J. (1994). *Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios previos* Ediciones Cátedra.
- Hegel, G. W. F. (1863). *La fenomenología dello spirito di giorgio GF hegel* Francesco Rossi-Romano.
- Hobbes, T. (1968). *Leviathan*, ed. CB macpherson. London: Penguin [1651] ()
- Lassalle, F. (1984). ¿Qué es una constitución? (1862).
- Levi, M. (1997). *Consent, dissent, and patriotism*. Cambridge: University Press.
- Levinas, E., & Guillot, D. E. (1977). *Totalidad e infinito: Ensayo sobre la exterioridad* Sígueme.
- Locke, J. (1990). Segundo tratado sobre el gobierno civil, trad. cast. de carlos mellizo. Madrid: Alianza,
- Martos, A. (2007). Pablo de tarso, ¿apóstol o hereje? *Nowtilus Saber*,
- Marx, K. (2004). *Manuscritos económico-filosóficos de 1844*. Ediciones Colihue SRL.
- Myers Gallardo, A. (2014). El consentimiento político de los perdedores: Su rol en la democracia. *Estudios Sobre Estado De Derecho, Democracia Y Gobernanza Global*, 43-63.
- Negri, A., & Hardt, M. (2005). Imperio. traducción de alcira bixio.
- Nietzsche, F. (2000). La genealogía de la moral, trad. Andrés Sánchez Pascual, Madrid, Alianza,
- Osorio, J. (2015). *El estado en el centro de la mundialización: La sociedad civil y el asunto del poder* Fondo de Cultura Económica.
- Paniker, R. (1953). *Le concept d'ontonomie» (actes du xe congres international de philosophie, vol. III, bruselas.III*
- Plamenatz, J. P. (1968). Consent, freedom and political obligation.
- Poulantzas, N. A. (2005). *Fascismo y dictadura: La tercera internacional frente al fascismo Siglo XXI*.
- Rommen, H., & Arboleya, E. (1951). *La teoría del estado y de la comunidad internacional en francisco suárez*. Diana.
- Rose-Ackerman, S., & Palifka, B. J. (2016). *Corruption and government: Causes, consequences, and reform* Cambridge: University press.
- Rousseau, J. (1920). *The social contract: & Discourses*. JM Dent & Sons.
- Sieyes, A. (1963). What is the third estate? 1789. *The French Revolution and Human Rights: A Brief Documentary History*,
- Spencer, H., & del Mazo, S. G. (1885). *El individuo contra el estado*. Editorial MAXTOR.
- Suárez, F. (1613). *defensio fidei III: Principatus politicus o la soberanía popular*, 1965.
- Sunstein, C. (2004). Propiedad y constitucionalismo. *THÊMIS-Revista De Derecho*, (48), 23-38.
- Tully, J. & Skinner, Q. (1993). *An approach to political philosophy: Locke in contexts* Cambridge: Univ Press.
- Van Dijk, T. A. (2011). *Discurso y poder*. Editorial Gedisa.
- Vasconcelos, J. (1930). *La raza cósmica: Misión de la raza iberoamericana: Notas de viajes a la américa del sur* Agencia mundial de librería.
- Walker, N. (2002). The idea of constitutional pluralism. *The Modern Law Review*, 65(3), 317-359.
- Weber, M. (1969). *Economía y sociedad*, esbozo de sociología comprensiva, Sección De Obras De Sociología.
- Wilk-Racięska, J. (2012). *Entre la visión del mundo temporal y la aspectual: Casos del español sudamericano* Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.

# Del derecho a la educación, a la enseñanza basada en los derechos humanos

Teresa Magnolia Preciado Rodríguez<sup>1</sup>

## **Resumen**

En el presente estudio abordaremos el derecho a la educación, así como la enseñanza basada en los derechos humanos, iniciando con el estudio de los tratados internacionales que regulan esta prerrogativa. La primera línea de investigación es el acceso a la educación de manera obligatoria y gratuita; y como segunda línea, el estudio de las características de la educación que imparte el Estado y los particulares para poder ser considerada de calidad no sólo por los conocimientos que deben transmitirse a los estudiantes, sino también debe cumplir uno de sus objetivos, que es impartir una educación basada en derechos humanos.

## **Palabras clave**

Educación, enseñanza, derechos humanos, tratados internacionales, discriminación, progresividad.

## **Abstract**

In the present study we will address the right to education, as well as human rights based education, starting with the study of the international treaties on human rights that regulate the right to education. With the first line of research being access to education as a human right to which all people are entitled in a compulsory and free way; and as a second line, the study of the characteristics of education provided by the State and private individuals in order to be considered of quality, not only for the knowledge that should be transmitted to students, but also must fulfill one of its objectives that is Education based on human rights.

## **Key words**

Education, education, human rights, international treaties, discrimination, progressivity.

\*Fecha de recepción:  
03 de abril de 2017  
Fecha de aprobación:  
19 de abril de 2017

<sup>1</sup> Doctora en derecho electoral por el Instituto Prisciliano Sánchez del Tribunal Electoral del Estado de Jalisco. Profesora investigadora de la Universidad de Guadalajara, adscrita al Centro Universitario de Tonalá, y miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Correo: magnoliap@gmail.com

## 1. Introducción

Como sabemos, la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos obligó a todas las autoridades en el ámbito de su competencia, a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, a partir de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2011). lo anterior incluye, claro está, a las instituciones de educación superior (IES) públicas, que en ejercicio de la encomienda basada en el artículo 3º constitucional<sup>2</sup>, tendrán la obligación de promover el respeto de los derechos humanos, la solidaridad internacional y la justicia.

Hablar sobre derechos humanos, educación, el derecho humano a la educación y, más aún, la educación en derechos humanos, es entrar en una cinta de Moebius, pues estos temas se entrelazan, son origen y destino, razón y consecuencia, motivación y fundamento, *ad infinitum*, pues forman parte, sin lugar a duda, del engranaje perfecto a que el *principio de interdependencia* se refiere. No es posible analizarlo por sí mismo, pues requiere para su entendimiento, respeto y debida garantía del cumplimiento de otros tantos.

Por lo tanto, esbozar cómo está consagrado el derecho a la educación a partir de los diversos instrumentos internacionales, será el pequeño objetivo de este ensayo, para de ahí determinar líneas de investigación pendientes.

## 2. La educación como derecho humano. Regulación convencional

En la retórica del discurso oficial de cualquier nación se afirma que el respeto a los derechos humanos es la base de todos los actos oficiales; en organismos internacionales se habla de los derechos humanos como un hecho, real y tangible; nuestro propio engranaje constitucional es básicamente perfecto en cuanto al diseño e inclusión de la norma necesaria para el respeto y garantía de cualquier derecho humano, incluyendo la educación. Sin embargo, la situación es muy diferente. La realidad es que los derechos humanos pertenecen al reino de lo ideal. La educación en general dista mucho de cumplir con los objetivos propuestos por la política nacional, y la educación superior enfrenta grandes retos para formar a los profesionistas competentes, respetuosos de los derechos humanos y justos que nuestro México necesita. Por lo tanto, la idea de la existencia de un verdadero respeto a los derechos humanos se inscribe en el deber ser de la utopía.

En el marco convencional de los derechos humanos este derecho cuenta con el debido sustento, del cual México ha signado su adhesión, a saber:

La Declaración Universal de Derechos Humanos, firmada por México el 10 de diciembre de 1948, establece en su artículo 26 sobre el derecho que tiene toda persona a la educación mima, que debe cuando menos impartirse a nivel elemental, gratuita y obligatoria. Esta educación, señala, deberá desarrollar la personalidad humana, fortalecer el respeto y libertad de los derechos humanos, favorecer el respeto y tolerancia a la multiculturalidad, la libertad de religión y la paz. (ONU, 1948).

<sup>2</sup> Las universidades y demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, “... realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura.”

Artículo 3º, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En el mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, señala en su artículo XII el derecho que tiene toda persona a la educación, la cual cuando menos hasta primaria deberá ser gratuita. Los principios que debe fomentar son los de libertad, moralidad y solidaridad humana; al tiempo que capacite para su subsistencia y lograr un nivel de vida y con ello ser útil a la sociedad.

Este derecho se basa en la igualdad de oportunidades que todo ser humano debe tener, de acuerdo con su propia naturaleza. (SCJN)

Por su parte, en el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966, y del cual México es parte desde 1981, reconoce en su artículo 13 el derecho de toda persona a la educación. Establece también la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria.

Señala también las características, como desarrollar la personalidad humana y la dignidad y el respeto a los derechos humanos. Fomentar la tolerancia, el respeto a los grupos raciales, étnicos y religiosos, así como promover la paz.

Dicho artículo va más allá de la educación primaria y se pronuncia sobre la enseñanza secundaria y la superior, al establecer que debe ser accesible a todos y de implementación progresiva de la enseñanza gratuita.

En cuanto a la educación para los adultos —si bien no lo llama así— establece en su inciso d, que debe fomentarse e intensificar la educación fundamental (primaria) para quienes no la hayan concluido. Asimismo, la importancia de poner en marcha un sistema de becas y mejora del cuerpo docente para cumplir con el sistema escolar.

Además de lo anterior, se respeta el derecho de los particulares para dirigir y establecer instituciones privadas, siempre que respeten los lineamientos y principios que la educación debe perseguir, así como el derecho de los padres a decidir el tipo de educación que desea para sus hijos (Orden Jurídico, en línea.)

La Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1966, a la que se adicionó México en 1975, habla del compromiso que adquieren los Estados parte en garantizar el derecho de toda persona a la igualdad, y particularmente al goce de, entre otros derechos, educación y formación profesional (SRE)

Específicamente en su artículo 7º se comprometen a tomar las medidas en materia de enseñanza, educación, la cultura y la información, para combatir la discriminación, promover la tolerancia y amistad entre naciones, grupos raciales o étnicos, y propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos (SER).

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y adoptada por México en 1981, en cuanto a educación, se limita a reconocer en su artículo 12 la libertad de conciencia y religión, el derecho de los padres —y tutores en su caso— a decidir la educación religiosa o moral que sean acordes a sus convicciones.

Para lograr la debida efectividad de los derechos sobre educación, ciencia y cultura contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, los Estados parte se comprometen a adoptar tanto las medidas internas como de cooperación internacional necesarias. (SCJN).

El Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, conocido como Protocolo de San Salvador, de 1988 y al que se adhirió México en 1996, declara concretamente en su artículo 13 el derecho de toda persona a la educación.

Establece como fin el pleno desarrollo de la personalidad humana, el sentido de su dignidad y respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Así mismo, para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, deberá lograr su subsistencia digna, así como favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los grupos raciales, étnicos o religiosos y el mantenimiento de la paz.

En el mismo sentido que el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, señala la obligatoriedad y gratuidad de la educación primaria, y en cuanto a la educación secundaria y superior, que deben ser generalizadas, accesibles y de implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

También se pronuncia por la educación básica para aquellas personas que no la hayan concluido, y hace especial mención de la enseñanza diferenciada para minusválidos para proporcionarles especial instrucción y formación.

Finalmente, reconoce de igual forma el derecho de los padres de escoger el tipo de educación de sus hijos, acorde a sus principios, así como el de particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza particular. (SCJN).

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, a la cual México se adhirió en 1981, establece, en su artículo 10, la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer y asegurarle igualdad de derechos con el hombre tratándose de educación; garantizar las condiciones de igualdad para la capacitación profesional, el acceso a los estudios y la obtención de diplomas en instituciones de educación superior.

Al hablar de igualdad en la enseñanza, se refiere a asegurar igualdad de acceso desde preescolar, primaria, secundaria, técnica, profesional, acceso a los mismos programas de estudio, de exámenes, a personal docente, locales y quipos de la misma calidad. La eliminación de estereotipos, el estímulo de la educación mixta, la misma oportunidad de becas y otras subvenciones, el acceso a educación permanente y programas de alfabetización para adultos, así como las mismas oportunidades para participar en el deporte. (Inmujeres).

Respecto a la Convención de los Derechos del Niño de 1980, ratificada por México en 1981, reconoce el derecho de los niños a la educación en igualdad de condiciones. Repite sobre la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria, fomentar el acceso a la educación secundaria y la adopción de asistencia financiera para estudiarla o bien sea gratuita. En cuanto a la educación superior, que sea accesible.

Además de lo anterior, la obligación de dotarles de información y orientación profesional, el de adoptar medidas para evitar la deserción escolar, así como velar por una disciplina compatible con la dignidad del niño, y fomentar la cooperación internacional en la educación y eliminar el analfabetismo.

El artículo 29 de esta Convención, señala que la educación que reciban deberá estar encaminada a:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
- e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural. (ONU).

Por su parte, la Convención contra Todo Tipo de Discriminación en la Esfera de la Enseñanza, adoptada en 1960 y que México no ha ratificado, declara en su artículo 1º, como discriminación, toda distinción, exclusión, limitación o preferencia que tenga como objetivo destruir o alterar la igualdad de trato en la enseñanza; o de excluir a una persona o grupo del acceso a diversos grados y tipos de enseñanza.

Señala de igual manera en su artículo 5º que la educación debe garantizar el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana, el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales, fomentar la comprensión, tolerancia y amistad entre naciones, grupos raciales o religiosos, así como el mantenimiento de la paz. (UNESCO).

### 3. Discusión y líneas de investigación

En los anteriores instrumentos se observan dos niveles de garantía: la primera tiene que ver con el hecho de que todos los instrumentos declaran la educación como un derecho humano al cual todas las personas deben tener acceso, de manera obligatoria y gratuita la llamada básica o bien, hasta la primaria, mientras que a partir de la secundaria y la superior, aunque ya no sea obligatoria, sí deberán garantizar el acceso en igualdad de condiciones, sin discriminación y ser progresivos en cuanto a la gratuidad que se establece a nivel básico, así como de calidad en cuanto a su enseñanza, en cuanto al equipo y también en cuanto a los docentes que la impartan.

Por otro lado, la segunda línea tiene que ver con las características de la educación que impartan tanto el Estado como las instituciones particulares, es decir, para ser considerada de calidad, debe incluir además saberes no solamente disciplinares, sino también de formación; es decir, una educación basada en derechos humanos debe permitir desarrollar la personalidad humana; el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales, así como fomentar la comprensión, tolerancia y amistad entre todos los pueblos, los grupos raciales, religiosos, de género, etcétera, y fomentar con ello la llamada cultura de la paz

Por lo tanto, dos líneas de investigación que pueden surgir de lo anterior son analizar si en verdad la educación se encuentra debidamente garantizada, pues

de todos es conocido que, en México, a pesar de ser un derecho fundamental debidamente consagrado en el artículo 3º constitucional, el analfabetismo entre la población es alto. Según el INEGI, para 2015 correspondía a 5.5 por ciento; es decir, a cuatro millones 749 mil 057 personas que no saben leer ni escribir (INEGI, en línea). Por lo tanto, el que la educación sea un derecho fundamental no quiere decir que efectivamente se encuentre garantizado.

Por otro lado, la segunda línea de investigación podrá versar sobre conocer si la educación que se imparte en las instituciones educativas verdaderamente forma personas humanas, respetuosas de los derechos humanos, preocupados por mantener una cultura de la paz, la tolerancia, la comprensión y la amistad. El incremento de violencia, de corrupción, de inseguridad, podría ser un factor que dé muestras de lo contrario.

Lo anterior es una situación que tenemos que modificar y tratar por todos los medios de aproximar a su fin ideal. La utopía parece inalcanzable, pero nuestro deber es trabajar para acercarla lo más posible a la realidad. Y es en este exacto punto donde la educación como derecho humano y la educación en derechos humanos adquieren una imprescindible importancia. Debemos reeducar a las generaciones contemporáneas en el respeto a nuestros congéneres y en los procedimientos y métodos necesarios al defender nuestros derechos humanos, y más aún, educar a las nuevas generaciones, inculcar los valores, derechos y obligaciones inherentes a todos ellos y además crearles la obligación interna de mantenerse en estricto apego a éstos.

Debemos enseñar a la ciudadanía cuáles son sus derechos y obligaciones al más básico nivel para que no se dejen apabullar por el aparato gubernamental y hagan valer estas premisas. Pero más importante aún, debemos enseñar a los futuros gobernantes, autoridades y servidores estos conceptos y cambiar de un actuar en el que debemos luchar por estos derechos, a uno en el cual las autoridades ni siquiera se planteen la posibilidad de violarlos.

Esto, obviamente, es un proceso lento, que requiere adecuada financiación y seguimiento, la única forma de llevarlo a buen término, es con base en un esfuerzo continuado y constante.

### **Referencias bibliográficas**

CIDH. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado de: [www.legislacion.scjn.gob.mx/TratadosInternacionales/Reformas.aspx?IdLey=89694](http://www.legislacion.scjn.gob.mx/TratadosInternacionales/Reformas.aspx?IdLey=89694), consultado el 17 de septiembre de 2013.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2011). Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10/06/2011.

Convención Americana de Derecho Humanos. (1969). Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado de: <http://legislacion.scjn.gob.mx/TratadosInternacionales/Reformas.aspx?IdLey=22843>, consultado el 17 de septiembre de 2013.

INEGI. (2016). Analfabetismo, Cuéntame... población. Recuperado de: <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/analfabeta.aspx?tema=P>, consultado el 9 de julio de 2016.

ONU. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. UNESCO, Recuperado de: <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018m.pdf>, consultado el 13 de septiembre de 2013.

(1966). Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de

Discriminación Racial. Secretaría de Relaciones Exteriores. Recuperado de: [http://www.sre.gob.mx/images/stories/dgpme/acuerdos/coninter\\_eliminar\\_formasdiscriminacion.pdf](http://www.sre.gob.mx/images/stories/dgpme/acuerdos/coninter_eliminar_formasdiscriminacion.pdf), consultado el 13 de septiembre de 2013.

(1976). Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Orden Jurídico Nacional, Recuperado de: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D50.pdf>, consultado el 13 de septiembre de 2013.

(1979). Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Instituto de las Mujeres Recuperado de: [www.edoc.inmujeres.gob.mx/documentos\\_download/100039.pdf](http://www.edoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100039.pdf), consultado el 13 de septiembre de 2013.

(1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>, consultado el 13 de septiembre de 2013.

OEA. (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador; Suprema Corte de Justicia de la Nación. Recuperado de: <http://legislacion.scjn.gob.mx/TratadosInternacionales/Reformas.aspx?IdLey=89235> consultado el 17 de septiembre de 2013.

UNESCO. (1960). Convención contra todo tipo de Discriminación en la Esfera de la Enseñanza. Recuperado de: [http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL\\_ID=12949&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html), consultado el 13 de septiembre de 2013.

## NORMAS DE PUBLICACIÓN

El Consejo Editorial de la revista Derechos fundamentales a debate, patrocinada por el Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco

## CONVOCA

A la comunidad científica y académica a la presentación de textos originales e inéditos que sean producto de la investigación científica en el ámbito de los derechos humanos para participar en el correspondiente proceso de evaluación y dictaminación en el que se elegirán los artículos que serán publicados.

## BASES

El texto original, inédito y terminado debe ser enviado en formato digital en procesador Word al correo [luiscorona@cedhj.org.mx](mailto:luiscorona@cedhj.org.mx) atendiendo a los siguientes lineamientos:

1. Letra Times New Roman, tamaño 12 puntos, con 1.5 de interlineado; diseño tamaño carta, por una sola cara, páginas numeradas en el margen superior derecho; extensión mínima de 6,000 palabras y máxima de 8,000 palabras, equivalentes de 15 a 20 páginas; márgenes en formato normal (2.5 centímetros para los márgenes inferior y superior y 3.0 centímetros para los márgenes izquierdo y derecho).
2. Indicar un título preciso; resumen con extensión máxima de 150 palabras, equivalente a 10 líneas; y de tres a cinco palabras clave. Además, el título, el resumen y las palabras clave deben estar indicadas en idiomas español e inglés.
3. Estructurado para su mejor comprensión en subtítulos y, si los hubiera, en incisos y sub incisos alineados a la izquierda.
4. En modelo de citación APA.
5. Las notas a pie de página deberán ser indicadas dentro del texto con un superíndice arábigo y desarrolladas a pie en tamaño de 10 puntos, con interlineado múltiple.
6. Omitir el nombre de los autores o cualquier dato de identificación de los mismos para que estos sean sometidos en la etapa correspondiente a evaluación por pares ciegos. A fin de identificación de los autores, se deberá adjuntar en el mismo correo electrónico una ficha en procesador Word con la siguiente información:
  - a) Nombre completo de los autores
  - b) Institución a la cual se encuentran actualmente adscritos
  - c) Nombramiento
  - d) Grado académico obtenido
  - e) Breve semblanza curricular (máximo 10 líneas)
  - f) Fuente de financiación de la investigación en caso de haberla

## ***Proceso de evaluación y dictaminación***

El artículo será sometido a revisión por parte del Consejo Editorial respecto del cumplimiento de los requisitos de forma anteriormente señalados y para la verificación de la afinidad del tema propuesto a la línea editorial de la revista. En su caso, se notificará a los autores vía correo electrónico la aceptación de su artículo al proceso de evaluación y dictaminación.

Los artículos aceptados a dicho proceso serán turnados a dos miembros del Comité Editorial: uno nacional y otro internacional, para su evaluación y la realización de las observaciones pertinentes. Dicho dictamen será comunicado al autor vía correo electrónico, y en caso de que contenga observaciones, éstas deberán ser atendidas por el autor y remitidas al correo de la revista en un plazo de treinta días hábiles para su segundo envío al mismo árbitro para la valoración de las modificaciones hechas por el autor y, de proceder, su visto bueno para publicación.

En caso de que el árbitro señale nuevamente correcciones, el procedimiento se repetirá únicamente por una segunda ocasión. En caso de existir observaciones nuevamente o que las que ya han sido atendidas no lo hayan sido satisfactoriamente, entonces se notificará al autor que su artículo no es publicable.

Únicamente serán publicados los artículos que hayan obtenido dictámenes favorables o, en su caso, el visto bueno de los árbitros respecto de las modificaciones realizadas en virtud de las observaciones hechas en los mismos.

En caso de que el artículo obtenga un dictamen positivo y otro negativo, intervendrá un tercer árbitro que determinará la situación del artículo.

## ***Publicación de los artículos***

Una vez concluido el proceso de evaluación y dictaminación por parte del Comité Editorial de la revista *Derechos fundamentales a debate*, el Consejo Editorial informará a los autores el resultado vía correo electrónico.

Todo documento aprobado para su publicación será preparado por *Derechos fundamentales a debate* para tal efecto, por lo que se realizarán correcciones de estilo, ortografía, coherencia, sintaxis y homogeneidad en el formato de citación; se enviará la versión final del documento al autor para su aprobación.

Los autores de los artículos que hayan sido aprobados para su publicación recibirán en su correo electrónico un formato para realizar la cesión de los derechos que tienen sobre los mismos al Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos Jalisco para su publicación y difusión. Este formato deberá ser Llenado, impreso, firmado, escaneado y remitido por la misma vía a la revista. Ningún documento será publicado si no se ha dado cumplimiento a este requisito.

## Comité científico

### Dr. Marco Olivetti (Italia)

Doctor en derecho constitucional y derecho público general por la Universidad La Sapienza de Roma (1995) y profesor catedrático de derecho constitucional por la Universidad LUMSA de Roma, Italia, desde 2014. Investigador de derecho constitucional en la Universidad de Teramo (1998-99), profesor titular en la Universidad de Modena (1999-2001) y profesor catedrático en la Universidad de Foggia (2001-2014). Autor de cuatro libros y más de doscientos ensayos de derecho constitucional italiano y comparado. Sus áreas de investigación son: el regionalismo y el federalismo, el sistema parlamentario, los derechos fundamentales y la europeización de los derechos constitucionales nacionales. Profesor visitante en varias universidades de Francia, España, Reino Unido, Canadá, México y Brasil.

### Dr. Álvaro Gil Robles (España)

Abogado, profesor titular de derecho administrativo en la Facultad de Derecho en la Universidad Complutense de Madrid, defensor del pueblo en España, comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, director del Centro de Estudios de la Fundación Valsain.

### Dr. Jordi Ferrer Beltrán (España)

Profesor titular de filosofía del derecho de la Universidad de Girona (España) y director de la Cátedra de Cultura Jurídica de esa misma universidad. Autor de *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* (2000), *Prueba y verdad en el derecho* (2002), *La valoración racional de la prueba* (2007), *Motivación y racionalidad de la prueba* (2016), y junto a Jorge Rodríguez, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos* (2011). Ha coeditado la serie de tres volúmenes *Law, Politics, and Morality: European Perspectives* (2003, 2006 y 2007), *La laicidad desde el Derecho* (2010), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Legal Defeasibility* (2011), *El realismo jurídico genovés* (2011) y *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica* (2015). También ha publicado un buen número de artículos en revistas como *Rechtstheorie*, *Associations*, *Análisi e diritto*, *Ragion Pratica*, *Legal Theory*, *Law and Philosophy*, *Teoría Política e Isonomía*, entre otras.

### Dr. Juan Ruiz Manero (España)

Catedrático de filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, editor de la revista *Doxa*. Cuadernos de filosofía del derecho y miembro del comité científico de la revista *Análisi e diritto*. Autor de numerosos trabajos de su especialidad, entre sus libros destacan: *Jurisdicción y Normas* (1990), *Marxismo y Filosofía del Derecho* (con Manuel Atienza, 1993), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (con Manuel Atienza, 1996), *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del Derecho, el fraude de ley y la desviación de poder* (con Manuel Atienza, 2000); *El juez y las lagunas del Derecho* (con Ulises Schmill, 2007); *Fragmentos para una teoría de la Constitución* (con Josep Aguiló y Manuel Atienza, 2007), *Para una teoría postpositivista del Derecho* (con Manuel Atienza, 2009), *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación* (con Luigi Ferrajoli, 2012), *El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas* (2014).

### Dra. Carolina León Bastos (México)

Doctora en derecho y especialista en derechos humanos por la Universidad Complutense de Madrid, coordinadora del área de Derechos Humanos y Amparo de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac Norte. Fue directora del Centro de Investigación Jurídica en el Tecnológico de Monterrey, donde dirigió la revista jurídica *IURETEC*, así como también tuvo a su cargo el doctorado en derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (campus Chihuahua). En 2010 realizó una estancia profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Líneas de investigación: derecho internacional

de los derechos humanos, derechos fundamentales, relaciones entre particulares, límites y reformas en relación con estos derechos.

**Dra. Eneida Desiree Salgado (Brasil)**

Profesora e investigadora de tiempo completo en la Universidad Federal de Paraná. Doctora en derecho, con estancia de investigación postdoctoral en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro fundador de la Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral. Vice-líder del Núcleo de Investigações Constitucionais. Autora de las obras Administración de las elecciones y jurisdicción electoral: un análisis del modelo mexicano y una crítica a la opción brasilera (México, 2016); Lei de Acesso à Informação (São Paulo, 2015); Princípios constitucionais eleitorais (Belo Horizonte, 1ra edición en 2010, 2da edición en 2015); Constituição e Democracia - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro (Belo Horizonte, 2007).

**Dr. Víctor Alejandro Wong Meraz (México)**

Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, con una estancia postdoctoral en el Instituto Max Planck de Derecho Público de Derecho Público de Heidelberg, Alemania. Actualmente es profesor investigador de la Universidad Autónoma del Estado de México y forma parte del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Ha sido profesor invitado y conferencista en distintas universidades nacionales e internacionales. Sus publicaciones sobre derecho constitucional, democracia y teoría de la constitución han sido indexadas en revistas tanto nacionales como internacionales, además de haber coordinado varias obras sobre los mismos temas.

**Dr. Raúl Montoya Zamora (México)**

Doctor en derecho por la Universidad Juárez del Estado de Durango (UJED); especialista en justicia constitucional y procesos constitucionales por la Universidad de Castilla-La Mancha; profesor e investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, División de Estudios de Posgrado, e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UJED; perfil PRODEP vigente; miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

**Dr. Luis Andrés Cucarella Galiana (España)**

Profesor titular de la Universidad Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia (España), acreditado a catedrático de universidad. Premio extraordinario de licenciatura. Doctor en derecho por la Universidad de Bolonia, Italia (1996), y por la Universidad de Valencia (1998). Premio extraordinario de Doctorado. Profesor especializado en Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional. Profesor de grado, doctorado y postgrados impartidos en la Universidad de Valencia y otras universidades de Argentina, México y Colombia. Profesor Erasmus en la Facultad de Derecho de la Università degli Studi di Pavia (Italia). Conferencista internacional en Panamá, Colombia, Argentina, Paraguay, México, entre otros países. Ha publicado varios libros como autor en coautoría y numerosos artículos científicos en revistas especializadas. Tiene obras publicadas en Italia, España, Uruguay, Argentina, Colombia, México, Paraguay, Panamá y Brasil. Profesor Honorario de la Universidad Autónoma de México (UNAM).

**Dr. José de Jesús Becerra Ramírez (México)**

Licenciado y maestro en derecho por la Universidad de Guadalajara. Maestro y doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, España. Especialidad en Estudios Políticos y Constitucionales por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, dependiente del Ministerio de la Presidencia del Gobierno Español. Especialidad en Justicia Constitucional por la Universidad de Pisa, Italia. Fue director del Instituto de Investigación y Capacitación en Derechos Humanos, adscrito a la Comisión Estatal de Derechos Humanos

Jalisco, y presidente de la Academia de Derecho Constitucional de la División de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Actualmente es profesor investigador titular C y director de la División de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, reconocido por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México. Cuenta con diversas publicaciones nacionales y extranjeras entre libros y revistas especializadas en temas de derechos humanos y ha participado como ponente en congresos internacionales en Argentina, Cuba, Chile, Colombia, España e Italia, entre otros.

**Dr. Adrián Joaquín Miranda Camarena (México)**

Abogado y maestro en derecho por la Universidad de Guadalajara; doctor en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, especialidad en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia Española. Profesor docente de la Universidad de Guadalajara desde 1997, a nivel superior y posgrado. Tutor del Programa de Doctorado en Derecho Electoral del Instituto Prisciliano Sánchez del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt y profesor perfil PROMEP. Autor de Análisis del federalismo hacendario mexicano, además de haber participado en revistas y diarios de México e Iberoamérica. Compilador y coautor en la colección de Derecho Electoral Mexicano, en sus cuatro libros: Una visión local: Jalisco, Una visión local: Distrito Federal y Una visión local: Baja California, así como Derecho electoral comparado, todos ellos editados por Marcial Pons. Es coordinador y coautor de Justicia constitucional local, coedición del Tribunal Electoral de Jalisco y el Posgrado en Derecho de la UNAM, además de otras publicaciones en materia constitucional-electoral. Se ha desempeñado como en la Coordinación Jurídica del Organismo Público Descentralizado Hospital Civil de Guadalajara, director de la División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara y actualmente magistrado de la Quinta Sala del Tribunal de lo Administrativo del Estado de Jalisco.

**Dra. Irina Graciela Cervantes Bravo (México)**

Licenciada en derecho por la Universidad Autónoma de Nayarit, maestra y doctora por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en derecho procesal y arbitraje por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en derecho constitucional y ciencias políticas por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Docente investigador de la Unidad Académica de Derecho en la Universidad Autónoma de Nayarit. Juez instructor del Tribunal Electoral del Estado de Nayarit. Juez proyectista del Tribunal Electoral del Estado de Colima. Secretario técnico del Consejo Académico del Doctorado Interinstitucional en Derecho. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Integrante de la Asociación de Constitucionalistas Españoles. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Integrante del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro de la Academia Mexicana de la Ciencia. Integrante de la red nacional e internacional de posgrados en Derecho. Reconocimiento a la trayectoria académica por el Programa de Mejoramiento al Profesorado SEP. Ponente en congresos nacionales e internacionales y autora de diversos libros y artículo en materia de derecho constitucional, electoral y justicia alternativa.

**Doctor Orlando Solano Bárcenas (Colombia)**

Doctor en Derecho, Ciencias Sociales y Políticas *summa cum laude* de la Universidad del Atlántico. Magister en Derecho Público francés y en Derecho Administrativo, Sociología Jurídica y Política de la Universidad de París II (Panthéon-Assas), y Estudios del Diploma de Estudios Superiores en Historia de las Instituciones de la misma universidad. Profesor titular de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor titular de la Escuela Superior de Administración Pública. Exprocurador general de la Nación (e), Exviceprocurador



General de la Nación, expresidente y miembro del Consejo Nacional Electoral. Tratadista. Conferencista y ponente internacional. Investigador. Miembro de: Asociación de Antiguos Alumnos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya; Asociación de Antiguos Alumnos de la Academia de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Salónica, Grecia; Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA). Miembro del Comité Científico Internacional de la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica y del Comité Científico del Instituto de Derecho y Políticas Públicas Iberoamericano y del Caribe de la Universidad China de Ciencias Políticas y Derecho (CUPL). Editor de la revista Misión Jurídica de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

### ***Consejo editorial***

#### ***Director***

Luis Antonio Corona Nakamura

#### ***Consejo editorial***

Felipe de Jesús Álvarez Cibrián

María Teresa Guzmán Robledo

Mayra Cisneros Chavarín

Livier González Brand

### ***Comité técnico***

Integrado por:

Ernesto Alonso Castro Maldonado

César Eloy Casillas Martínez

Carlos García Retamoza