FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS de los derechos humanos

Órganos constitucionales y supranacionales

María José Bernal Ballesteros
Isaac de Paz González
(coordinadores)

Fundamentos axiológicos de los derechos humanos

Órganos constitucionales y supranacionales

Fundamentos axiológicos de los derechos humanos
Órganos constitucionales y supranacionales

María José Bernal Ballesteros
Isaac de Paz González
(coordinadores)

2016

Fundamentos axiológicos de los derechos humanos.
Órganos constitucionales y supranacionales

© Primera edición. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.

D.R. © 2016, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México
Dr. Nicolás San Juan núm. 113, col. Ex Rancho Cuauhtémoc,
C.P. 50010, Toluca, México.
Tel. (01 722) 2360560
http://www.codhem.org.mx

© María José Bernal Ballesteros
© Isaac de Paz González

ISBN: 978-607-9129-20-0
Número de autorización del Comité Editorial: CE/BLB/04/16

Director del Centro de Estudios: Ariel Pedraza Muñoz
Editora responsable: Zujey García Gasca
Asistente editorial: Jessica Mariana Rodríguez Sánchez
Diseño editorial y formación: Deyanira Rodríguez Sánchez

Impreso y hecho en México.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de la publicación sin previa autorización de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.
Las opiniones vertidas en estos textos son responsabilidad de sus autores. La Comisión de Derechos Humanos del Estado de México los ha publicado en apoyo a la libertad de expresión y el respeto a la pluralidad.

Índice

Prólogo 9

Introducción 13

¿Qué significa fundamentar los derechos en valores? 23
Milagros Otero Parga
Francisco Puy Muñoz

La dignidad desde la perspectiva de los tribunales constitucionales y el sistema interamericano de derechos humanos 57
Felipe Alfredo Fuentes Barrera

Derechos fundamentales y el mínimo vital: una visión desde la filosofía política y la dogmática constitucional en torno a los derechos sociales 91
Isaac de Paz González
María José Bernal Ballesteros

El derecho a la libertad personal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 127
Ma. Elena Rebato Peño

El dilema entre paz y justicia en África: una mirada a las Comisiones de la Verdad en el continente a propósito del Estatuto de Roma 173
Carmen Montero Ferrer

La libertad como principio axiológico de los derechos humanos en el contexto internacional 211
Enrique Uribe Arzate
Patricia Varela Guerrero

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Prólogo

Los valores son una creación de la vida. La libertad y la dignidad han constituido para la historia del hombre la razón de constantes luchas, revoluciones y reivindicaciones, cuyo principal fin ha sido la emancipación humana sobre la opresión.

Estos principios axiológicos constituyen máximas de trascendencia histórica, que marcan las bases teóricas y normativas de las culturas jurídico-políticas de las modernas democracias constitucionales; "siendo los valores la condensación de los más caros ideales de la cultura de cada pueblo, ellos permean, no sólo el derecho o la política, sino cada manifestación de la vida social" (Ríos Álvarez, 2006: 1376).

Los valores requieren siempre de una realidad, es decir, de un objeto o ser en el cual encarnarse, así como de un contenido estimable que los haga palpables. Esta obra estudia los valores, su pragmatismo judicial y su función como fundamentos axiológicos de los derechos humanos, afirmando que es precisamente a través de éstos, como se justifica el contenido y valor de los derechos fundamentales.

Hoy resulta impensable concebir un sistema jurídico que no contemple, al menos de una manera subjetiva, estos valores. Los sistemas jurídicos deben tomar como punto de partida la esencia y dignidad de las personas, por lo que los valores de igualdad, libertad y justicia, entre otros, desempeñan un papel trascendental en la tutela y garantía de los derechos humanos.

La ausencia de una categorización homogénea de los derechos humanos, en un mundo jurídicamente globalizado, hace necesario el estudio de los fundamentos axiológicos de estas prerrogativas fundamentales que constituyen el eje rector en cualquier Estado constitucional de derecho.

Actualmente, no es posible visualizar en la teoría y en la praxis jurídica, una uniformidad en cuanto a ese piso común de derechos que constituyen los valores que comparte una sociedad y, en torno a los cuales, todos los operadores deben comportarse. De ahí que resulte indis-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

pensable crear una identidad entre derechos humanos y valores, con el afán de proporcionar mejores herramientas para quienes imparten justicia, crean normas o aplican políticas públicas en materia de derechos humanos, no sólo como conceptos normativos rígidos, sino como categorías que se centran en la cualidad humana que hace eficiente a cualquier sistema jurídico y social.

El empeño académico e interinstitucional que hacen posible la publicación de esta obra es el resultado del esfuerzo conjunto de los doctores María José Bernal Ballesteros e Isaac de Paz González, quienes a través de la coordinación del libro, y con la colaboración de los destacados autores de Iberoamérica, marcan las directrices que tanto en tribunales constitucionales como en cortes regionales y, sin importar el lugar geográfico en el que nos situemos, deben considerarse como los fundamentos axiológicos de los derechos humanos.

Finalmente, a título personal y en mi carácter de titular de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, no me queda más que felicitar ampliamente a los destacados académicos que participan en este trabajo de investigación, así como recomendar ampliamente la lectura de esta obra que, estoy seguro, será obligada para todas aquellas personas que buscamos un mejor ámbito de tutela y ejercicio de los derechos humanos en beneficio de la dignidad y paz social.

M. en D. Baruch F. Delgado Carbajal
Presidente de la Comisión de Derechos
Humanos del Estado de México

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Introducción

El punto de partida de los trabajos de esta obra es la identificación de los conceptos fundamentales de los derechos humanos en distintos ámbitos normativos y geográficos que a su vez tienen un marco común, por lo que surge una relación dialógica y de cooperación regional para hacer efectivos los derechos humanos como parte de un sistema compartido de valores.

La efervescencia política y legislativa de estos derechos en todos los niveles de gobierno, estatal y supranacional, es un fenómeno contemporáneo que busca ensanchar el cumplimiento de los derechos como verdaderas normas que transforman los valores en medidas progresivas.

En la internacionalización de los derechos humanos están inmersos valores fundamentales que se han diversificado –debido al fenómeno de la constitucionalización estatal y a la internacionalización de los marcos jurídicos internos que ha permeado en las estructuras de gobierno doméstico y en los bloques regionales de gobierno– como un marco común para homologar los parámetros del ejercicio de los derechos.

El tema de los fundamentos y de la praxis de los derechos humanos se ha vuelto recurrente en la arena político-jurídica y en la discusión iusfilosófica contemporánea. Actualmente, existe una creciente disposición de los operadores para aplicarlos a partir de su contenido esencial en la esfera pública y privada. En el discurso de la justicia así como en las relaciones institucionales y políticas, el tema de los derechos humanos carece de homogenización en cuanto al contenido axiológico de los valores relativos a la igualdad, la justicia, la dignidad, la seguridad y la libertad; categorías axiológicas que están inmersas en su adjudicación y cuya conceptualización en la cultura jurídica no cuenta con una versión definitiva. De antemano sabemos que en la historiografía política de estos derechos existen concepciones de los valores jurídicos como postulados individuales y colectivos frente a los detentadores del poder en una sociedad determinada, y que estas concepciones tienen un sustrato universal estipulado en los documentos normativos internacionales relativos a los derechos humanos.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Para conocer las nuevas concepciones jurisdiccionales es necesario establecer que actualmente la cuestión del contenido axiológico de los derechos se enfrenta a dos marcos conceptuales en los que se desarrolla la aplicación y construcción de directrices normativas en sus versiones política, económica y social: normativo, que proviene del sistema internacional de los derechos humanos; y jurisdiccional, compuesto por la complejidad de órganos jurisdiccionales y estructuras administrativas que aplican estos derechos. Ambos son relevantes; en primer lugar, porque la normativa internacional de los derechos se ha insertado en todos los niveles de gobierno (local, regional e internacional); en segundo término, porque a partir de que la justiciabilidad y exigibilidad de estos derechos también se han creado instituciones y tribunales que continuamente emiten sentencias que dan forma a la dimensión realista de los derechos en sociedades distintas, bajo el marco común de los derechos humanos.

Sin embargo, la conceptualización de los derechos y su base valorativa enfrentan –desde el punto de vista normativo y jurisprudencial– el reto de establecer la esencia de su contenido axiológico. Esto implica analizar cuál es la perspectiva actual del significado de igualdad, justicia, dignidad, seguridad, libertad y paz. ¿Tienen el mismo *ethos* o, por el contrario, su definición responde a la contextualización de cada ámbito geográfico y normativo? En respuesta, cada uno de los autores, aborda el estudio de los valores y de su interacción con los órganos constitucionales o supranacionales, para determinar cómo se ha llevado a cabo esta universalización en cada sociedad. La importancia de ello radica en que los valores constituyen un piso común para todos los derechos humanos, independientemente del contexto social y geográfico en el que se lleven a la praxis.

En la postguerra se creía que la fundamentación jurídica de los derechos, en un contexto internacional, sería la piedra angular para reconstruir una paz duradera que derrotara la barbarie y la depredación del hombre por el hombre. Esta infusión global de los derechos –como normas que subsumen las dos visiones de la cultura pertenecientes a todos los humanos– pretendió conjugar las filosofías orientales y occidentales en un solo cuerpo normativo e imponer como *norma normarum*, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

En consecuencia, la definición de los derechos estuvo relacionada con la paz entre las naciones. En el preámbulo de la DUDH se lee: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". En este sentido, el avance normativo posibilitaba la identificación de valores elementales para la convivencia social y que fuesen emancipados de una declaración política para conformar un bloque normativo "como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse".

Pero, hasta el momento, el ideal común de los pueblos parece que se aleja de la unificación de los derechos humanos. Europa y América[1] enfrentan diversos problemas relacionados con la autodeterminación de los pueblos, la libertad religiosa, los derechos colectivos y la migración; que implican la aplicación rígida de normas de ciudadanía y exclusión de derechos para grupos determinados, así como nuevos dilemas sobre el derecho a la vida (eutanasia), libertad religiosa y seguridad nacional (en Europa, terrorismo y fundamentalismo religioso). En el caso de África, los problemas sociales a los que se enfrenta son distintos, pero las preocupaciones de los derechos humanos son las mismas que la de otras sociedades, puesto que el telón de fondo de las soluciones implica analizar objetivamente las medidas para favorecer la igualdad, la dignidad, la justicia y la libertad.

En suma, el entendimiento de la justicia y los valores que giran en torno a esta categoría axiológica requiere una revisión a la razón práctica; estudiar la conformación del discurso de los operadores jurídicos y políticos en diversos contextos de los contenidos de la libertad y la seguridad y, de cómo cada corte, tribunal u órgano de adjudicación

[1] Sobre el caso europeo nos referimos a los problemas que representan la integración económica que, al final, tiene incidencias en la libertad de tránsito, educación, cultura, trabajo y oportunidades de mercado; asimismo, los problemas colectivos de diversos grupos (Gente Roma, los intentos de separación de Catalunya en España, y el referéndum de separación en Inglaterra) reflejan una sensación de exclusión o rechazo a la integración regional. Ya sea en mayor o menor medida, esto representa una divergencia en torno a la identidad política y a los valores que supuestamente encarna la Unión Europea.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

impone su propia visión a través de valoraciones específicas de estos derechos humanos.

Por lo que el estudio de los valores inmersos en los derechos humanos representa una necesidad apremiante en la cultura jurídica; por una parte, parece que hay un consenso y aceptación discursiva de los derechos humanos como estándar universal; no obstante, la realidad y el pluralismo societarios rebasan estos contenidos. En consecuencia, es necesario reconocer si el *quantum* de valores jurídicos se ha relativizado de acuerdo con cada contexto nacional, regional o internacional. De este modo, debido a su abordaje en la esfera pública, la descripción axiológica de estos derechos resulta no sólo oportuna, sino necesaria para apuntar hacia un discurso de la justicia más pragmática, valorativa y con resultados jurisdiccionales palpables.

Bajo estas consideraciones, resulta pertinente analizar cuáles son los valores que comparten, buscan o que son motivo de estudio en los tribunales que representan los *outputs* de un sistema jurídico.[2] Por supuesto, este análisis implica una revisión de la filosofía política de la justicia; de modo tal que la noción de ésta deberá estar ligada a la adjudicación de derechos que revaloran la dimensión humana (ya sea individual o colectiva) frente al poder. A partir de las decisiones de los tribunales y su enfoque académico, así como la integración de los derechos humanos en prácticas de la ciudadanía e instituciones relacionadas (Scarry, 2005: 91).

La evidencia empírica del trabajo demuestra una conjunción de decisiones y acercamientos a los enfoques de los derechos humanos, entre otros, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y las Comisiones de Verdad establecidas por la ONU. Existen varios estudios en torno a la relación de las cortes regionales y locales. Los trabajos abarcan desde análisis comparativos de la jurisprudencia entre am-

[2] En este sentido, como parte de la cultura jurídica descrita por Lawrence M. Friedman (1975), en la que la sociedad y los operadores construyen la visión de un sistema jurídico. A partir de esta concepción, veremos si es posible establecer un marco de connotaciones axiológicas en la cultura jurídica de los operadores jurídicos.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

bas cortes regionales (Salvioli y Zanghi, 2014), entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Europea (Collí Ek, 2013), sobre la influencia de la Corte EDH en la función consultiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Garro, 2011), en torno a las referencias recíprocas de la influencia y el diálogo entre ambas cortes (Groppi y Coccu-Ortú, 2014), la influencia del sistema interamericano en el derecho interno de los Estados (Ovalle Favela, 2012), el problema de su cumplimiento en ambos sistemas y su relación con los sistemas domésticos (Hillebrecht, 2014); y, en el ámbito judicial, es común la cita de sentencias y estudios de casos de ambas cortes.

Se puede afirmar que el contexto empírico del sistema europeo e interamericano muestra un acercamiento evidente, que da lugar a estudiar las categorizaciones axiológicas de sus decisiones para determinar el contenido de los valores jurídicos que son el objeto de estudio de esta investigación. Consecuentemente, esto conduce a establecer una de las líneas de trabajo que se abordarán en la obra: la complejidad de los órganos judiciales y administrativos de la exigibilidad de los derechos humanos, la relación, no siempre convergente, de la doctrina de las cortes nacionales y los tribunales regionales de derechos humanos. De este modo, se podrá definir el *ethos* actual de los derechos humanos y si la sistematización de la segunda postguerra ha logrado crear esa uniformidad en conceptualización de los valores como mandatos de las instituciones o, si esta uniformidad es relativa, de acuerdo a su reconocimiento y práctica local.[3]

Por tanto, en el ámbito jurisdiccional como en el científico, el operador se enfrenta al fenómeno de multiplicidad de órdenes jurídicos e instrumentos en los que se distinguen diversas acep-

[3] Aunque estamos conscientes de que la globalización normativa de los derechos mediante la masificación de instrumentos jurídicos nacionales e internacionales –bajo nuevas perspectivas de protección de mujeres, niños, derechos del trabajo, derechos de minorías, grupos étnicos, libertad de creencias, derecho internacional de conflictos bélicos–, desborda la adjudicación y conflictividad entre el contenido esencial y los actos de gobierno (e inclusive de particulares) que los lesionan. Sin embargo, la búsqueda de los valores comunes es atingente.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

ciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad que, a su vez, reorientan las nociones clásicas de justicia. En este contexto, nos referimos a la globalización de los derechos humanos como un fenómeno omnipresente en diversas latitudes,[4] que, necesariamente, propone un enfoque multidimensional de sus concepciones políticas, académicas y educativas.

Es importante señalar que la conceptualización axiológica de los derechos tiene su origen en el pretendido carácter universal de las normas que los encapsulan. No obstante, a pesar de la existencia de muchas normas e instituciones para su protección, la incertidumbre jurídica es una constante para lograr la adjudicación y el acceso a los derechos humanos. Asimismo, la interpretación de los valores se ha vuelto un tema relativo en cuanto a la definición de sus contenidos. Desde una perspectiva crítica, Ciaramelli (2009: 165) menciona que entre la inflación normativa –que constituye la primacía de la interpretación– y la crisis de la legalidad hay un nexo evidente: se producen cada vez más leyes porque las existentes son desatendidas más a menudo. Los trabajos de la presente obra giran en torno a las cuestiones normativas y valorativas como una forma de reconstruir el discurso de la axiología jurídica.

En el capítulo, la "fundamentación de los derechos humanos en valores" Otero Parga y Puy Muñoz fijan las bases teóricas del entendimiento moderno de los derechos como un sustrato de la valoración plena del hombre. Concatenado con esta posición, Fuentes Barrera propone superar las ambivalencias de la dignidad humana para reconocerle una calidad más efectiva a partir de las posiciones filosóficas contemporáneas y de los marcos normativos internacionales. Este autor destaca que la postura de los tribunales constitucionales, especialmente el de Colombia, ha reivindicado la dignidad como un valor

[4] Nos apartamos aquí de la concepción del "derecho como globalización" de la que se habla en el ámbito internacional. Este enfoque se basa en la imposición normativa que, atribuida a diversos analistas como Sousa Santos de y Rodríguez Garavito (2005), han dado seguimiento a los actores del proceso de importación y exportación de modelos legales, cuyos resultados dan cuenta de la base empírica de los mecanismos transnacionales empleados por abogados de las élites oficiales de gobiernos, las ONG, para difundir "nuevas ortodoxias legales".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

absoluto en la jurisdicción de los derechos humanos. Esto permite reconocer un indicador de los valores jurídicos y los derechos: su categorización mantiene un origen universal, pero en cada ámbito normativo adquiere un enfoque relativo de acuerdo con lo que en cada cultura jurídica resulta apremiante.

En el análisis propuesto por Bernal Ballesteros y de Paz González se resalta la reconstrucción de los derechos sociales, especialmente, el mínimo vital, bajo la perspectiva de la realización del hombre a partir de la satisfacción de sus necesidades económicas, y de cómo en diferentes tribunales se está construyendo una jurisprudencia emancipatoria de los valores de justicia y dignidad.

En relación con el valor de la libertad, los trabajos de Rebato Peño y Uribe Arzate muestran la importancia de los antecedentes filosóficos de este máximo como punto de partida para mejorar su entendimiento en la aplicación contemporánea, tanto en la construcción de normas como de jurisprudencias relativas a la libertad; destacando que siempre debe tener un fundamento sólido desde las vertientes jurídica y axiológica.

Por su parte, el estudio relativo a la justicia y la paz en África que aborda Montero Ferrer pone en evidencia la eficacia de las Comisiones de la Verdad como mecanismos que reconstruyen los valores de una sociedad después de un conflicto, con ello, también se demuestra la pertinencia del sistema internacional de los derechos humanos como fuente de soluciones a problemas locales.

En suma, el objetivo de la obra radica en clarificar la categorización axiológica de los valores de los derechos humanos. Este enfoque coincide con lo que, autores como Möller, denominan una aplicación de los derechos bajo una teoría reconstructiva, como práctica global de los derechos, que es sensible tanto al valor moral como a la práctica. Finalmente la relación entre derechos humanos y su filosofía o entendimiento es de crucial importancia para entender el funcionamiento de las instituciones, y la justificación de éstos tiene un carácter universal o relativo de acuerdo con la cultura jurídica de cada sociedad.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

¿Qué significa fundamentar los derechos en valores?

Milagros Otero Parga*
Francisco Puy Muñoz**

Sumario

I. ¿A qué derechos nos referimos?; II. ¿Qué significa fundamentar?; III. Tipos de fundamentaciones y IV. La fundamentación axiológica.

Introducción

Mucho se ha discutido a lo largo del tiempo sobre el concepto y fundamento de los derechos humanos; asimismo, el camino del reconocimiento y pleno disfrute de los mismos ha sido tan largo que aún no termina. La constante preocupación, casi obsesión en algunos mo-

* Actual Valedora do Pobo de Galicia. Es doctora en derecho por la Universidad de Santiago de Compostela desde 1987. Profesora titular desde 1989 hasta 2011. Catedrática de Filosofía del Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela. Es autora de 15 libros y 118 artículos publicados en revistas nacionales e internacionales, entre los que destacan estudios relacionados con derechos humanos.
** Docente en la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela desde 1966. Doctor en derecho por la Universidad de Granada con premio extraordinario en 1961. Cuenta con alrededor de 53 libros de su autoría y 44 en coautoría, entre los que se encuentran algunos estudios de derechos humanos y filosofía del derecho.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

mentos por el cambio y la rapidez con la que se deben producir los acontecimientos nuevos, ha llevado a una parte de la reciente doctrina a defender, pues no hay tiempo para detenerse en la reflexión sobre el origen de las cosas o su significado último; es decir, la sociedad del conocimiento del mundo globalizado exige respuestas rápidas y concisas a preguntas concretas e inmediatas, lo que obliga a dejar de lado las cuestiones que exigen una reflexión larga y para muchos tediosa.

Así, las preguntas por el concepto y el fundamento de los derechos humanos parecen haber pasado de moda. No obstante, lo urgente es "pasar a la acción": no reflexionar, actuar; no dudar, decidir; no potenciar un conocimiento plural sino buscar la única respuesta correcta.

En esa vorágine se agitan hoy los derechos humanos, a pesar de que la doctrina que los impulsa todavía no ha sido capaz de ponerse de acuerdo sobre su fundamento, contenido, jerarquía ni acaso sobre la necesidad de su protección o su denominación, pues se mezclan las expresiones derechos humanos, derechos fundamentales, derechos naturales, libertades políticas, etcétera.

Nosotros entendemos, discrepando, que todos estos extremos son importantes. Asumimos que la labor del jurista es esencialmente práctica y por lo tanto conducente a la protección eficaz de los derechos. Pero advertimos que ésta no se podrá llevar a cabo de forma convincente y eficaz si obviamos los cuestionamientos teóricos, porque la teoría es el sostén de la práctica y la base recia y sólida sobre la que se asienta el edificio de la Jurisprudencia, entendida como la ciencia de lo justo y de lo injusto, extraída del conocimiento genérico de las cosas divinas y humanas (Ulpiano, 228: 1, 1, 1, 10).

Del mismo modo que un edificio construido sobre bases endebles no soporta el más leve envite de los elementos, un conocimiento jurídico –entendido como operación sobre lo inmediato y como ciencia infalible, plena y coherente, cuya única misión sea dar respuestas universales a preguntas cerradas– no estará preparada para el *hard case*, es decir, para el caso difícil o el conflicto que se aparta de los parámetros previstos o previsibles, pero que precisa igualmente de una respuesta justa.

Por lo tanto, los autores de este artículo entendemos que el jurista precisa la reflexión filosófico-jurídica, y que por eso es también preciso formar juristas humanistas, cultos, capaces de dedicar su acti-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

vidad a pensar, imaginar, discurrir y localizar la mejor manera de dar lo suyo a cada uno que se encuentre envuelto en un conflicto de titularidad de un derecho, o bien, en un conflicto social de dominio en el que una persona reclama algo como suyo y otra se lo discute. Pues tal ocurrencia, su prevención o su sanación es el origen de todas las relaciones jurídicas.

En esta investigación nos preguntamos básicamente ¿Qué significa fundamentar los derechos en valores? Responderemos a esta cuestión, reflexionando brevemente sobre las cuatro interrogantes implícitas en la pregunta, a saber: ¿A qué derechos nos referimos? ¿Qué significa fundamentar? ¿Qué tipos de fundamentación hay? ¿Por qué la fundamentación en valores?

I. ¿A qué derechos nos referimos?

Nos referimos a los derechos humanos. A aquel conjunto de facultades que acompañan a cada ser humano por pertenecer a su propia naturaleza, y que deben ser respetados por los demás y protegidos por el Estado a fin de que su disfrute esté normalmente garantizado. Nos referimos, en suma, a las facultades de las que necesita disponer el ser humano para poder realizarse como persona. Y no cuestionamos su designación, sino las cosas designadas con la expresión derechos humanos o con otras análogas o equivalentes.

A veces se les llama *derechos naturales* para indicar que nos encontramos ante un conjunto de derechos que pertenecen al ser humano porque están en su propia naturaleza. Así también, se les denomina *derechos fundamentales* para llamar la atención sobre el hecho de que se suelen proteger con leyes fundamentales o constitucionales. Asimismo, se los designa *libertades públicas* para señalar especialmente los derechos que resultaron de uno u otro proceso de luchas sociales por la conquista de esta o aquella especie de libertad individual o de grupo.

Todas estas opciones y algunas más que existen se han manejado por la doctrina con mayor o menor éxito, según el momento histórico y social del que se hable. No es el momento para ocuparnos de esta cuestión; no obstante, la mencionamos únicamente para resaltar su importancia e introducir nuestra forma de pensamiento, pues

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

creemos que sólo así se puede entender en puridad el contenido que defenderemos en el artículo que ahora se inicia.

Los autores de este trabajo somos de adscripción iusnaturalista; entendemos, por tanto, que la justicia es el valor fundamental que debe perseguir el derecho en todas sus manifestaciones fenoménicas, incluida esta de los derechos humanos. Y, consecuentemente, inferimos por derechos humanos, los derechos fundamentales que un hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, que le son inherentes, y que lejos de nacer de una convención de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados (Puy Muñoz, 1983).

Así entendidos, los derechos humanos son derechos naturales que los individuos deben respetar, y derechos fundamentales que el Estado puede y debe reconocer, pues de este modo será más fácil y más efectivo su ejercicio por todos los miembros del grupo. Pero pensamos que este *reconocimiento* no crea ningún derecho humano, sino que sólo lo declara y lo protege. El derecho humano, en sí mismo considerado, es tan anterior como el ser humano, pues es un dato de su propia existencia, un atributo de su propia naturaleza, un complemento necesario para la realización de su propia dignidad.

Creemos que no se contradice esta opinión si se sostiene, como hacen algunos jurisprudentes, que "los derechos humanos no se completan hasta su positivación", y que "tienen que contar con esa dimensión de la realidad" (Peces Barba, 1989: 267); o bien, si se afirma que "la positivación de los derechos fundamentales que rigen para todos los poderes del Estado constituye una apertura del sistema jurídico frente al sistema de la moral, apertura que es razonable y que puede ser llevada a cabo con medios racionales" (Alexy, 2002: 25).

Mientras tanto, sí contradicen nuestra opinión, quienes afirman que los derechos humanos se convierten en realidades o que tienen su razón de ser en la existencia de unas previas leyes positivas estatales que los establezcan, de modo que en ausencia de éstas, aquéllos no existen ni aunque parezca que existen, porque en tal hipótesis son únicamente declaraciones de intenciones sin entidad jurídica alguna. "Sin vigencia social, se llega a decir, los llamados *derechos* no serían tales, sino simples valores, paradigmas, modelos inconcretos, demandas ines-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

pecíficas, sin delimitación suficiente, en permanente debate e indefensión, en suma pretensiones débiles en su exigibilidad" (Ruiz, 1989: 326).

Es posible designar a estas prerrogativas como "derechos humanos" o incluso "derechos morales"; se ha dicho también en esta línea, pero "teniendo clara conciencia del abuso terminológico" en que se incurre entonces, "pues no se trata de auténticos *derechos* sino de criterios ético políticos", que, "como tales, necesitan la especificación de su contenido y de su orden jerárquico" (Robles Morchón, 1989: 319). ¡Como si hubiera algún derecho concreto, existente o no, fundamental o no, legislado o no, sentenciado o no, doctrinalmente justificado o no, que no sufra de inconcreciones, inespecificidades, indefiniciones, indefensiones y demás formas de la debilidad!…

Una mirada inocente a la realidad dice que cada derecho es, a semejanza del ser humano que lo hace necesario, un ser vivo que tiene alma y cuerpo y que pasa por diversas etapas que van desde una notoria debilidad inicial a otra evidente debilitación y agotamiento final, pasando por una etapa intermedia poderosa y fuerte de duración más o menos corta. Así que un derecho humano es derecho cuando nace como exigencia moral de un individuo frente a otro, que sólo tiene esa arma; va creciendo con el apoyo de la costumbre, la contención, la sentencia, la legislación y el dictamen doctrinal y, por último, va quedando rezagado, desusado, olvidado por operadores, jueces, legisladores y profesores… ¿Cuándo es derecho? Siempre, aunque no siempre con el mismo vigor… Pero ¿acaso un hombre sólo se considera hombre cuando es joven, está sano y goza del máximo vigor corporal, moral y mental?

Aunque nuestra opinión puede expresarse de muchos modos, por ejemplo: "cuando hablamos de derechos humanos estamos refiriéndonos al mismo tiempo a una pretensión moral justificada sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del hombre, y a su recepción en el derecho positivo, para que pueda realizar eficazmente su finalidad" (Peces Barba, 1995: 102). Nos referimos en este trabajo a una realidad que hoy tiene valor en sí misma, al menos en el mundo jurídico y cultural del entorno occidental, entendida de distinto modo según los países y las realidades socioeconómicas y culturales en las que éstos se desarrollen. Reali-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

dad que patentiza el hecho de que: "nunca hasta ahora se había hablado tanto de los derechos humanos", "nunca habían sido tan invocados", y "nunca la violación de estos derechos había suscitado protestas tan amplias y tan extensas" (Castro Cid de, 1982: 30). Y nos ocupamos de tal realidad, porque todos los derechos, y éstos más que los otros, necesitan ser constantemente enseñados, defendidos, reconocidos y protegidos. Y lo hacemos, o eso deseamos, con ánimo y con precaución.

Con ánimo, teniendo en cuenta que la expresión "derechos humanos" funciona hoy como un tópico de extraordinario valor comunicativo, habiéndose convertido en una especie de parámetro que mide la temperatura política y la salud moral de las sociedades y sus estados. De hecho, es de común aceptación, o al menos es habitualmente defendido que "los derechos humanos tienen hoy una aceptación y disfrutan de un universal reconocimiento", y que además se les otorga "una primacía respecto de cualesquiera otras facultades o derechos que pueda ostentar el sujeto" (Fernández Galiano y Castro Cid de, 1993: 443).

Y con precaución porque, como advierte Prieto Sanchís (1990: 12), "los derechos humanos y sus compañeros de viaje pueden haber iniciado un periodo de decadencia, cuando no de falsificación, y temo que algún día provoquen en nuestra retina esa impresión de antigüedad, o esa condescendencia hacia nuestros mayores que nos producen las indumentarias pasadas de moda". Las razones de este deterioro son varias, pero pueden resumirse, quizá, en una: "La inflación y mal uso que se viene produciendo del tópico derechos humanos".

Lo hemos explicado recientemente diciendo que la "consecuencia inmediata" del mal uso generalizado del tópico derechos humanos "es el divorcio entre la realidad social y la manifestación jurídica institucional", a su vez "ha llevado a considerar a estos derechos meras declaraciones de buenas intenciones sin una real efectividad práctica... con lo cual el tópico se deteriora y se convierte en papel mojado" (Otero Parga, 2013: 125).

Se trata de un problema serio: el abuso provocado por el mal uso ha debilitado ya considerablemente el tópico, "de modo que éste ya no puede ser utilizado como antaño como un tópico que suscitaba amplio consenso" (Otero Parga, 2010: 47-55). Hoy ya no es suficiente por eso introducir el tópico derechos humanos en esta o aquella norma,

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

sino que es necesario probar su subsiguiente cumplimiento efectivo (Otero Parga, 2014: 95).

Estimamos preciso revertir esta situación, volviendo a situar los derechos humanos en el puesto que les corresponde como garantes de la dignidad de los seres humanos y de su respeto. Es necesario contextualizar de nuevo los derechos purificándoles de todas las adherencias que el tiempo inexorable les ha ido colgando, quizá por la relajación que se ha consentido en torno a su interpretación y aplicación en todos los campos: jurídicos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Para cumplir esta función estimamos conveniente replantearse el tema de su fundamentación, manteniendo la esperanza de que analizándola y reflexionado sobre ella será posible entender la entidad profunda, y la razón de ser de estos derechos, así como el mejor modo de afianzar su protección.

II. ¿Qué significa fundamentar?

Fundamentar implica ofrecer razones que expliquen la existencia de algo. Esta actividad se puede producir de dos modos: 1. Cuando la existencia de algo es incuestionada, la fundamentación se pregunta el porqué de la misma. 2. Cuando la existencia de ese algo es cuestionada, la fundamentación indaga sobre la razón que induce a afirmarla. En el ámbito de los derechos humanos utilizamos el término fundamentación cuando buscamos la razón o razones que permiten postular no sólo el reconocimiento de los mismos sino también su necesario respeto.

Las razones que fundamentan son muchas, tanto en el ámbito teórico como práctico, pues son demasiadas las vías que permiten explicar la razón de ser de algo, dado que los objetos varían de caso a caso, y lo mismo ocurre con los sujetos concretos a los que se quiera convencer. Por eso entendemos que cualquier fundamentación de los *dikeos* es válida con tal de que encaje en un sistema teórico, o motive una actividad práctica de realización efectiva de los mismos (Puy Muñoz, 1989: 290).

Es que "para fundamentar no es imprescindible que la argumentación sea racional"; por el contrario, "basta con que el interlocutor la reconozca como tal": por eso es "la fundamentación normalmente

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

relativa a los individuos" (Rodríguez-Toubes, 1995: 85). Lo que resulta fundamentado para uno, puede resultar oscuro para otro, sin que esto suponga necesariamente ningún tipo de contradicción interna. En realidad es más bien lo contrario, pues quizá esta posible pluralidad de perspectivas resulte al fin y a la postre parte de la riqueza y de la fuerza tópica de los derechos.

Eso sí, a través de una buena fundamentación se consigue motivar a las personas para que observen los derechos humanos, incluso y muy especialmente, cuando esto conlleva una carga de sacrificio propio. Por eso hay que intentar buscarla aun sabiendo que no será la única posible o aceptable.

La fundamentación de los derechos humanos se puede y debe establecer a cuatro niveles diferentes: 1. A nivel de la estructura misma del ser en general, 2. A nivel de la estructura del específico modo de ser humano, 3. A nivel de la estructura de la vida social humana y 4. A nivel de la historia de la sociedad política organizada (Puy Muñoz, 1989: 293). En cualquiera de estos cuatro niveles, o en los cuatro al mismo tiempo, se pueden encontrar razones, argumentos que expliquen los derechos humanos a fin de conseguir que su existencia sea válida y no sólo eficaz. Pues en realidad no es suficiente con que el interlocutor los acepte de forma emotiva, sino que conviene que además de eso pueda apoyar su defensa en una convicción racional.

La importancia de descubrir las posibles fundamentaciones de los derechos ha conducido a algunos estudiosos a tratar de localizar una fundamentación absoluta y, por lo tanto, válida ante cualquier derecho, circunstancia, momento de la historia, situación socioeconómica y para cualquier sujeto. Este intento, comprensible en cuanto pretende blindar los derechos humanos no sólo en su realidad existencial sino también en su necesario respeto, resulta imposible en su realización práctica.

Nos encontramos ante un caso análogo al de la supuesta universalidad de los derechos humanos, cuando se afirma que éstos sólo son universales, considerados desde el punto de vista metodológico. Los derechos, al igual que las justicias y las leyes [así en plural], son universales únicamente para universos pequeños o locales. Desde cualquier otra perspectiva, los derechos no pueden ser considerados

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

universales, pues no pueden ser reconocidos de igual modo por todos los individuos ni en todas las geografías ni en todos los tiempos y ni siquiera son aceptados por todas las culturas (Puy Muñoz, 2000). Esta falta de universalidad y de carácter de absolutos ha llevado a algunos teóricos de los derechos humanos a suponerles una debilidad intrínseca que está lejos de ser real o al menos no lo es por los motivos aducidos.

Como consecuencia de esta situación, en la actualidad se han levantado algunas voces en contra del intento fundamentador. Una de las que ha alcanzado mayor predicamento es la de Norberto Bobbio (1982: 7). Según el jurista italiano "el principal problema en nuestro tiempo en relación con los derechos humanos no es fundamentarlos sino protegerlos, es decir, un problema que ha dejado de ser filosófico para convertirse en jurídico, y en un sentido más amplio todavía en político". Esta opinión se sostiene en seis tópicos que podríamos llamar de antifundamentación y que podemos resumir en seis proposiciones (Puy Muñoz, 1983: 276-278):

1. Postular un fundamento absoluto para los derechos humanos es convertirlos en entidades inmutables y ahistóricas, desconociendo lo que ha sido y es la realidad social de estos derechos.
2. La ilusión fundamentadora absoluta de algunos derechos establecidos ha sido un obstáculo para la introducción de nuevos derechos incompatibles con aquéllos.
3. Tras la publicación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, el problema de la fundamentación de los derechos humanos ha perdido gran parte de su interés.
4. Cuando se habla de derechos fundamentales se adopta un esquema mental deductivista perverso; de los derechos fundamentales se derivarían todos los otros derechos, que resultarían así automáticamente justificados.
5. El problema de los derechos humanos estriba en que cada hombre y cada ideología los entienden a su modo.
6. Los derechos humanos sólo pueden arrancar de una base, que es considerar al hombre como valor supremo para el hombre, aceptada la cual no es precisa ulterior fundamentación.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Este conjunto puede resumirse un poco más distinguiendo entre contra-fundamentaciones teóricas y contra-fundamentaciones prácticas. Las primeras conducen hacia un escepticismo claro que puede ser especulativo (conceptual) o práctico (ético). Es conceptual cuando quien lo defiende sostiene que no existe ninguna fundamentación clara o única de los derechos y por eso no hay que buscarla. La contra-fundamentación es práctica cuando conduce a lo que se denomina pragmatismo político, de acuerdo con el cual, el problema no está en si es necesario o posible fundamentar los derechos, sino en afirmar, simplemente, que no es necesario hacerlo (Puy Muñoz, 2009).

Pese a estos inconvenientes que deben ser tenidos en cuenta sólo con intención de subsanarlos, creemos que hoy, como siempre, resulta no sólo importante sino necesaria la labor de intentar buscar un fundamento a los derechos humanos que, sin pretensión de ser absoluto, proporcione razones plausibles de carácter práctico (pues depende de si alguien está dispuesto o no a dejarse convencer) para que el mayor número posible de personas encuentren motivos que los induzcan a respetarlos.

Curiosamente y pese a su crítica inicial, el mismo Bobbio (1965: 301-309) acaba entendiendo que hay tres posibles caminos para fundamentar los derechos humanos: 1. Deducirlos de un dato objetivo constante, por ejemplo, la naturaleza humana. 2. Considerarlos verdades evidentes por sí mismas. 3. Descubrir que en un determinado periodo histórico son generalmente compartidos.

Los ejemplos mostrados parecen sustentar la realidad de que es preciso otorgar a la labor fundamentadora el papel que le corresponde y que a veces le ha sido negada so capa de una supuesta pérdida de tiempo que alentaba a la elucubración sobre complicadas formas teóricas de pensamiento, en vez de a la efectiva realización de los derechos. "En realidad, en posiciones extremas el desinterés por la fundamentación se puede convertir en confusión de la función con la fundamentación, cuando se vacía de contenido a los derechos y se les reduce a una simple técnica de control social" (Peces Barba, 1995: 103).

Sin embargo, creemos que la indagación sobre la razón de ser de algo nunca será una pérdida de tiempo, por el contrario, el jurista que plantea con cuidado los cimientos del edificio jurídico estará mu-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

cho más preparado para protegerlo cuando lo vea tambalearse, porque sabrá encontrar antes el punto de fractura que hay que arreglar. La falta de cuidado sobre estos extremos puede resultar irrelevante mientras no surgen problemas extraordinarios, y el reconocimiento o ejercicio de los derechos camina por los cauces previstos. Pero en el momento en que esto no sea así, cuando surjan los casos difíciles, el jurista deberá ser algo más que simple aplicador del derecho de los derechos: tendrá que convertirse en un jurisprudente creador de la solución justa. Y será en ese momento cuando todos adviertan la especial importancia de la labor especulativa de fundamentación.

Todo intento de fundamentación, afirma con razón Rodríguez-Toubes (1995:100), es conducente al menos por estas cuatro razones: 1. Porque no puede descartarse la posibilidad de alcanzar finalmente una fundamentación moral convincente que concite acuerdo. 2. Porque las fundamentaciones existentes en la actualidad son suficientes para muchos y trabajar sobre ellas puede contribuir a mejorarlas. 3. Porque aunque no se puedan resolver, sólo plantear el problema de la fundamentación estimula la conciencia moral de la población. 4. Porque un acuerdo superficial sobre los derechos, por muy efectivo que sea, es frágil ya que puede ser denunciado o ignorado.

Castro Cid añade otro argumento más. El intento fundamentador, dice, saca a la palestra axiomas de obligada consideración, como los tres siguientes: 1. El hombre-persona es el valor límite de la organización social. 2. La racionalidad y la libertad son valores constitutivos y rasgos diferenciales del ser humano. 3. Todos los seres humanos son básica o esencialmente iguales en cuanto a la tenencia y disfrute de los valores dignidad, racionalidad y libertad (Castro Cid de, 1989: 122). Pensar sobre la razón de ser de los derechos humanos ayuda a que la sociedad no pierda el pulso a la necesidad de protegerlos, cada uno a su manera y por sus motivos, cada cual en su momento y con la intensidad que pueda, pero en todo caso motiva a protegerlos.

Asís Roig (1989: 79) argumenta, en la misma dirección, que reflexionar sobre estas sentencias y otras de parecida índole nunca puede resultar negativo, pues "la comunicación intersubjetiva centrada, principalmente en las necesidades de los hombres y en la plasmación de las mismas en el ordenamiento jurídico fruto del poder que ma-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

yormente se asemeja al diálogo" es y será, una fuente fortalecedora de la democracia. De modo que, profundizando sobre el concepto y el fundamento de los derechos humanos se podrá repensar la relación de los individuos con el poder y los límites infranqueables de los derechos conjugados con la necesidad de respeto a la dignidad de la persona, y las complejas relaciones entre el ser y el deber ser, amalgamando así, diversas perspectivas que parecen necesarias (Asís Roig de, 1992).

La ocasional posición contraria a la fundamentación de los derechos humanos ha llegado a ser una especie de tópico al que todos sus admiradores solemos acudir, buscando un adversario autorizado e importante al que rebatir. Pero no con una enmienda a la totalidad, sino con una rectificación parcial que dice que hay que buscar fundamentaciones a los derechos, a sabiendas de que ninguna será universalmente aceptada. ¿Es esto razonable? Por un lado parece que no:

> Esta actitud es en sí misma bastante extraña ya que en principio parece de todo punto inevitable que cualquier intento de fundamentación racional de los derechos humanos se desarrolle sobre la pretensión explícita o implícita de descubrir un fundamento definitivamente resolutorio, es decir un fundamento que tenga una total y definitiva capacidad de convicción (Castro Cid de, 1993: 118).

Pero, por otro lado, parece que sí, ya que la mayoría cualificada pensamos lo contrario; o sea, que los argumentos prácticos no tienen que persuadir a todos los humanos, sino sólo al individuo o grupo ínfimo al que van dirigidos. Lo que conlleva reconocer la importancia de una labor, la de fundamentación, que permite acumular razones y sumar adhesiones a la causa irrenunciable del respeto a los derechos humanos.

III. Tipos de fundamentaciones

Sentadas las bases de la razón de ser y de la conveniencia de la fundamentación de los derechos, así como de la pluralidad esencial de la misma nos preguntamos ahora: ¿Qué tipo de fundamentaciones de los derechos son las más habitualmente aceptadas por más individuos?

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Ante esta pregunta surge si cabe con más fuerza todavía la visión pluralista ya comentada. Pues el número de fundamentaciones es tan amplio en principio como personas que quieran fundamentar. No olvidemos que esto implica hallar razones que justifiquen el reconocimiento y el respeto por los derechos humanos. Y lo cierto es que los motivos por los cuales se produce esta situación son muy variados, tantos en realidad como personas a las que se quiera convencer o que quieran convencerse a sí mismas.

No obstante, es posible localizar algunas fundamentaciones que se han convertido en las más habituales, sirviendo como guía al pensamiento de una parte importante de la doctrina. Al exponerlas de forma sucinta, no pretendemos hacer un elenco de todas y cada una de las posibilidades reales de fundamentación como queda dicho, sino únicamente mostrar el panorama de las más aceptadas a fin de sentar las bases que nos permitan defender la nuestra.

Antes de comenzar, advertimos una vez más que el trabajo fundamentador y la búsqueda de una fundamentación lo más compartida posible es muy útil para fomentar y fortalecer el respeto por los derechos humanos; sí, pero es inútil en la práctica para aquellas personas que se niegan a aceptar la posibilidad fundamentadora en general, o que rechazan una fundamentación concreta.

Nos parece que la clasificación general en dos grupos que sirve para conocer y analizar la experiencia jurídica en general, puede servir igualmente para iniciar el conocimiento de los posibles tipos de fundamentación de los derechos humanos. Nos referimos a la ya clásica distinción entre iusnaturalismos y iuspositivismos. Obsérvese que hemos utilizado el nombre en plural porque es preciso advertir desde el comienzo, que no existe una forma única o escuela iusnaturalista de estudio de la realidad jurídica de cualquier tipo, incluido el estudio de los derechos humanos; como tampoco la hay iuspositivista. Por eso es preciso consignar el calificativo en plural.

En términos generales, las escuelas iuspositivistas defienden que el fundamento de los derechos humanos está en la ley positiva. De modo que serán derechos humanos los que el poder legislativo de un Estado en un momento determinado decida que deben serlo. En este razonamiento no hay ninguna referencia, en realidad no queda espacio

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

alguno para ninguna conexión con valores, o principios morales. Son derechos humanos aquel conjunto de bienes o facultades establecidas como tales derechos por una norma positiva. Su validez depende del sistema que los establece y lo mismo sucede con su vigencia.

Desde este punto de vista los derechos humanos son extremadamente variables, aunque desde luego su localización y aplicación es sin duda cierta, pues depende únicamente de algo externo a sí mismos, como es su reconocimiento y plasmación dentro de un ordenamiento jurídico de referencia. Su validez es únicamente formal, lógica, sin que sea necesaria ningún tipo de vinculación real entre normas y valores. Pues con independencia del valor que defiendan o ignoren, toda norma integrada en un sistema normativo deviene jurídica sin atender a su contenido.

La falta de vinculación necesaria entre derechos y valores se produce porque:

> el fundamento de los derechos entendidos éstos en su sentido jurídico propio, no puede ser moral. El positivista aclara que en tanto que el derecho realiza de hecho valores morales, por ejemplo al reconocer los derechos fundamentales, estos valores son la causa de la decisión de reconocimiento de los derechos. Pero esta explicación no indica el fundamento de los derechos, el cual se sitúa en el momento de la decisión en la voluntad (Rodríguez-Toubes, 1995: 120).

Y es que los valores, piensan los positivistas, son de alguna manera relativos a las personas, no tienen por tanto carácter absoluto o general; consecuentemente es ilusorio perseguir una base ética no convencional para los derechos.

Dentro de este grupo de pensamiento que busca una fundamentación no moral para los derechos humanos están sin duda las escuelas positivistas puras, pero también otras formas de entender los derechos como aquellas que defienden el relativismo empirista y el racionalismo instrumental, por ejemplo, de acuerdo con las positivistas, los derechos humanos deben enfocarse y entenderse únicamente como derechos válidos dentro de un sistema jurídico concreto; las segundas, pertenecen al realismo empirista, los derechos humanos se identifican

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

prácticamente con los derechos aceptados *de facto*. Y por último, en consonancia con las fundamentaciones del racionalismo instrumental, las normas de conducta se justifican en tanto en cuanto son adecuadas para los fines sociales o personales que persiguen la sociedad o los individuos (Rodríguez-Toubes, 1995).

Las escuelas y formas concretas de entender los derechos humanos que hemos mencionado introducen, desde luego, elementos diferenciadores que son los que permiten la configuración teórica de las distintas fundamentaciones, pero a la vez coinciden en el aspecto principal y general de supeditar el reconocimiento y defensa de los derechos humanos a su positivación. Es decir, al señalamiento coyuntural de los mismos como tales derechos, bien por el ordenamiento jurídico, por el peso irrefutable de los hechos o por los intereses que proporcionen a los individuos y a la sociedad.

Por el contrario, y también en términos generales, podemos afirmar que las escuelas iusnaturalistas entienden que el fundamento de los derechos humanos está en la naturaleza humana y en los valores que defiende y ampara el derecho. Esos valores están, en parte, en las cosas (ontología) y en las personas que los perciben o no. Pues éstas reconocen y aprecian cosas distintas que no son cuantificables.

Sea como fuere, ambos parámetros, esto es la naturaleza y los valores, son independientes en su formulación, en tanto en cuanto no dependen ni de la voluntad puntual del legislador ni de su vigencia geográfica o temporal, sino que son elementos que permanecen inalterables, con independencia del hecho de que en algunos casos estén reconocidos en los ordenamientos jurídicos y en otros no. Estamos ante un tipo de fundamento objetivo y sustantivo que va más allá de la estricta validez formal adentrándose en la material.

Los que defienden una fundamentación iusnaturalista para los derechos humanos opinan que el fundamento de los mismos es metapositivo, pues es independiente de su regulación legal en un ordenamiento jurídico. Las escuelas iusnaturalistas buscan en general una fundamentación moral para los derechos que supera la base legal sin contradecirla, situándose, creemos, por encima de ella; esto porque entendemos que conviene a los derechos humanos ser reconocidos como tales por los ordenamientos legales.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

En efecto, el reconocimiento legal es de gran utilidad en cuanto dota a los derechos de un ámbito de protección, incluso con fuerza coactiva, que si no asegura la plena eficacia de los derechos fundamentales, al menos la facilita. Así que los iusnaturalistas no niegan la importancia de la inclusión de los derechos en los ordenamientos jurídicos estatales y supraestatales. Sólo advierten que dicha inclusión es un medio, nunca la razón de ser de los derechos; es decir, los derechos humanos existen porque están en la propia naturaleza del ser humano, pues pertenecen a su ámbito de dignidad. No obstante, es conveniente y desde luego útil que esos derechos preexistentes sean positivados para dotarlos de protección extra. La positivación no crea los derechos, pero sí los fortalece.

Las fundamentaciones morales de los derechos humanos se agrupan principalmente en dos bloques: las de carácter formal, que son las que se orientan hacia la búsqueda de un procedimiento de decisión moral para la fundamentación de los derechos. Y las de carácter sustantivo, que son las que se orientan hacia la postulación y defensa de unos valores morales básicos que servirían como fundamento de los derechos humanos (Rodríguez-Toubes, 1995). En resumen, la diferencia más importante que se aprecia en las fundamentaciones de los derechos humanos de corte más iusnaturalista y aquellas otras de inspiración más iuspositivista se sitúa, a nuestro juicio, en la consideración o no, de que la razón de los derechos está únicamente en la ley positiva o, por el contrario, en la defensa de la necesidad de buscarla más allá de esta realidad contingente.

Una vez establecidos estos dos grandes grupos que, conviene aclararlo una vez más, presentan a su vez distintas subdivisiones que garantizan enfoques diferentes, es preciso aclarar que existen posiciones sobre la fundamentación de los derechos humanos que buscan una posición integradora también llamada dual, que pretende conjugar las esencias de ambas posiciones, las iusnaturalistas y las iuspositivistas.

En esta situación se encuentra por ejemplo la posición de Peces-Barba (1995: 104) que sostiene que:

> los derechos tienen una raíz moral que se indaga a través de la fundamentación, pero los derechos no son tales sin pertenecer al ordenamiento y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

> que los justifica. Moralidad y juridicidad, o moralidad legalizada, forman el ámbito de estudio necesario para la comprensión de los derechos fundamentales.

Así las cosas, podemos afirmar que, en el ámbito de los derechos fundamentales, el espíritu y la fuerza que de algún modo se hacen presentes en la moral y en el derecho están indisolublemente entrelazados, de modo que cada uno de estos ámbitos presta razón de ser al otro, no pudiendo entenderse de otra manera la realidad de los derechos humanos. Realidad que es histórica y no abstracta, particular y no universal, real y no ideal, en la cual se mezcla el ser y el deber ser, la justicia y la validez material, pero también la eficacia.

Aunque existan diversas concepciones de derechos humanos, lo cierto es que muchas de ellas tienden a buscar la relación entre la ética y la moral como exigencias intrínsecas del ser humano, conjugándolas con la necesidad de que éstas sean reconocidas por las leyes como derechos. Pues "si bien es cierto que la exigencia moral es distinta de un derecho jurídico eso no implica que los derechos jurídicos se desvinculen de su justificación y de su fundamentación ética" (Calsamiglia, 1989: 97). Pues un ordenamiento jurídico eficaz debe procurar satisfacer las necesidades de dignidad y justicia que el ser humano siente como propias, ya que de otro modo dificultaría mucho la realización de los mandatos coactivos que impone.

En realidad, si "todo el proceso hacia los derechos ha significado el esfuerzo por pasar de la heteronomía moral a la autonomía, así como al progreso con vistas a una mayor exigencia moral y a una mayor eficacia en el camino hacia la igualdad y la dignidad de todos los seres humanos" (Camps, 1989: 111); no es posible olvidar que parte de la gran aceptación y profundo valor tópico que la expresión derechos humanos tiene en la actualidad, radica en que su simple mención se considera como una manifestación de la justicia e incluso de otros valores como la igualdad y la libertad sustancialmente. Una gran parte de la doctrina así lo manifiesta:

> esta caracterización abre una posible línea de acuerdo entre teorías iusnaturalistas y no iusnaturalistas a propósito de la fundamentación

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

> de los derechos humanos. Sin duda, la especial fuerza que los respalda como exigencias cuya satisfacción no puede condicionarse a otros objetivos políticos, no proviene tan sólo de su positivación jurídica ni siquiera allí donde son reconocidos, sino más bien de que se les considere exigencias inexcusables de la dignidad que atribuimos o reconocemos a todos los seres humanos (Delgado Pinto, 1989: 144).

Por eso está cada vez más extendida la opinión de que "el derecho positivo no puede agotar la fundamentación de los derechos humanos, aunque sí su concepto", ya que "los derechos humanos son exigencias éticas que se transforman en derecho positivo mediante su positivación e inclusión en un ordenamiento jurídico vigente" (Vidal Gil, 1992: 31). El contenido de estas "exigencias éticas" se repite, es más o menos variado y extenso según la opinión de los distintos autores. Para unos, esas exigencias derivan de las necesidades espirituales de los seres humanos, para otros, habría que incluir las exigencias mínimas puramente materiales, aquellas que se refieren a los bienes básicos y a las necesidades (Lucas Martín de, 1992). Y aunque son difíciles de identificar "una vez que es posible establecer la existencia de una necesidad básica, ésta puede constituir razones que ofrezcan criterios suficientemente objetivos para la toma de decisiones o para justificar el grado de "justicia" de una pretensión" (Añón Roig, 1992: 115). De modo que podrían servir como razones fundamentadoras de los derechos humanos.

Llegados a este punto, cabría preguntarse si los derechos humanos son exigencias éticas variables a través de los tiempos, que no tienen carácter universal, y que dependen de variadas circunstancias sociopolíticas económicas y culturales ¿cómo llegan a delimitarse? En respuesta a esta pregunta, es importante considerar la teoría del consenso y del disenso. ¿Nacen los derechos humanos del consenso o del disenso? En principio podría parecer que los derechos humanos nacen del consenso pues se trata de necesidades o valoraciones que tiene el ser humano por su condición humana, y que resultan tan evidentes ante la comunidad que nadie puede negarlos sin arriesgarse a ser tachado de insolidario y aun de insocial. De la coincidencia en esta opinión y por tanto del consenso, parece que en principio puede venir la fuerza persuasiva de los derechos humanos como tópicos de evidente consistencia.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Sin embargo, como todo buen tópico, los derechos humanos presentan igualmente una doble cara que recomienda la posibilidad de abordarlos de la mano del disenso. En realidad se trataría de preguntarnos si "tras tanta insistencia en el consenso, fáctico o contrafáctico, acerca de los derechos humanos, no extraeríamos más provecho de un intento de 'fundamentación desde el disenso', esto es, de un intento de fundamentación 'negativa o disensual' de los derechos humanos a la que podría denominarse la 'alternativa del disenso'" (Muguerza, 1989: 43).

Esta posibilidad es desde luego una alternativa a considerar, aunque la desaconsejen claramente algunos estudiosos como Ballesteros y Lucas Martín de (1989), después de analizar atentamente los problemas que provoca la aplicación del principio de disidencia. Otros colegas, si bien no la desaconsejan frontalmente, sí la matizan afirmando que "quizá cupiera decir que los derechos humanos no han nacido del disenso sino con ocasión del disenso" (Fernández Galiano, 1989: 169).

Creemos que esta última opción es más acorde con la realidad, pues teniendo en cuenta el pluralismo cognoscitivo:

> precisaríamos para abordar una fundamentación desde el disenso un fundamento tan sólido que casi llevaría a rechazar por errónea cualquier variante pluralista. Si no disponemos de él, sólo parece quedarnos un arriesgado recurso: asumir la convicción de que las instituciones éticas de cada cual producirán, sin necesidad de mecanismo consensual alguno, una fructífera con-vivencia. Lo cual parece difícil si no se parte de la fe ciega en una armonía pre-establecida que, paradójicamente, supondría la negación radical de todo disenso (Ollero Tassara, 1989: 249).

Llegados a este punto creemos que es innecesario seguir enumerando más propuestas de fundamentación. Hemos recordado algunas de las más habituales de los derechos humanos, agrupándolas de forma general en iusnaturalistas y iuspositivistas. Dentro de estos dos grandes grupos hemos introducido algunas variantes, e incluso, hemos reflexionado sobre una llamada fundamentación dual en la que se toman rasgos de los dos tipos fundamentales.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

También hemos manifestado en repetidas ocasiones que entendemos que las fundamentaciones de los derechos humanos deben ser plurales, pues su razón de ser es proporcionar motivos que ayuden a los seres humanos, al mayor número posible de ellos, a encontrar razones que los conduzcan a reconocer y respetar los derechos humanos. Al ser el género humano inevitablemente variado y variable en sus descripciones, estimaciones y decisiones, resulta que entienden, aprecian y viven de forma diferente sus derechos, por lo que es lógico que necesiten distintas razones para prestar su asentimiento.

Todo esto, no elimina el deber que tiene el estudioso individual del problema de proponer una solución al mismo que lo sea al menos para él, por si otro u otros la hacen suya. Por tanto, entendemos que esta reflexión sobre la fundamentación de los derechos humanos quedaría muy incompleta si no manifestáramos la que los autores de este trabajo consideramos propia, la cual es de corte iusnaturalista y de carácter axiológico.

IV. La fundamentación axiológica

La fundamentación axiológica de los derechos humanos justifica la existencia y necesidad de respeto de los mismos en la realidad de unos valores que se dan en las personas, que se suponen de tanta trascendencia que trasfunden la existencia del ser humano, y que por lo mismo deben ser especialmente protegidos. El elenco de estos valores es variable, pero son en general, los mismos que justifican el derecho. La vida, la libertad, la igualdad y la dignidad ocupan desde luego un papel primordial en cualquier enumeración de ellos.

De acuerdo con la fundamentación axiológica, los derechos surgen de forma ineludible, pues "para la plena realización y protección (de estos valores) se estima necesaria la atribución al sujeto de unos derechos que están por encima de las mudanzas del ordenamiento jurídico" (Fernández Galiano y Castro Cid de, 1993: 445).

Desde esta perspectiva, los derechos humanos son antes exigencias de la propia naturaleza humana que derechos en sí mismos. Dicho de otro modo, los seres humanos precisan que todos sus consocios, y en especial los investidos de poderes del Estado, respeten una serie de facultades y bienes que les corresponden por su propia condición humana, y sin las cuales, no podrían desarrollar su vida con la dignidad

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

que ésta reclama. Para conseguir esta finalidad, anterior a cualquier ordenamiento jurídico, el Estado promulga una serie de derechos, pero no lo hace como concesión graciosa, sino como forma de organización social que protege con el manto de la eficacia una situación que le viene dada, por ser anterior al propio Estado, y que éste necesita mantener.

Desde este punto de vista, algunos autores como Eusebio Fernández (1989: 156) utilizan el término "derechos morales" para referirse a los derechos humanos, entendiendo que "el calificativo 'morales' va dirigido a su justificación o fundamentación ética, a las exigencias históricas derivadas de algo tan abstracto, tomado en general, pero a la vez tan objetivable, en cada caso concreto como la idea de dignidad humana".

Con el término "derechos morales", los autores que lo suscriben pretenden "describir la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores, y los derechos humanos entendidos paralelamente como derecho". De modo que "el calificativo morales, aplicado a los derechos, representa tanto la idea de fundamentación ética como una limitación en el número y contenido de los derechos que podemos comprender dentro del concepto de derechos humanos" (Fernández, 1984: 108).

No obstante, hay que admitir que en la expresión derechos humanos o derechos morales aparece el término "derechos", lo cual puede llevarnos a pensar que la condición jurídica es previa, y aunque no es así, sí es importante, pues sus contenidos reales "albergan la pretensión de verse incorporados al ordenamiento jurídico internacional y nacional, es decir, de aparecer paralelamente como derechos jurídicos"; pero, no lo olvidemos, la juridicidad es consecuencia de su naturaleza y no al revés. Es que el ordenamiento jurídico no crea los derechos. "Su notable labor, sin la cual el concepto de derechos humanos no tendrá plena efectividad, está en reconocerlos, convertirlos en normas jurídicas y garantizarlos también jurídicamente", pero no en crearlos (Fernández, 1989: 159). Así pues:

> el fundamento de los derechos humanos es previo a lo jurídico y debe ser buscado en los valores morales que los justifican y sirven para reivindicarlos, los cuales responden y son una 'abstracción' de una dimensión antropológica básica constituida por las necesidades humanas más fundamentales y radicales para la existencia digna (Fernández, 1989: 158).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Recapitulemos tratando de aclarar algunos de los últimos conceptos que estamos utilizando: a nuestro parecer, la fundamentación axiológica implica un argumento teórico de los derechos humanos que afirma que la razón más plausible, es decir, aquella que puede atraer a un mayor número de personas para que respeten los derechos humanos, no se basa en la realidad empírica de que existen una serie de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce como tales y, por lo mismo, puede otro exigirle a uno su respeto ante un juez o tribunal. No, la razón más plausible para respetar los derechos humanos está en que éstos encarnan una serie de valores estimados por casi todos como imprescindibles para que el ser humano se realice como persona, o sea, como animal racional, libre y social.

Dos palabras más sobre nuestra percepción de valorar y de los valores. En términos generales, "valorar" o "estimar" es la operación espiritual, racional y emocional, a la vez, de descubrir los valores de las cosas o las conductas. Y los valores son cualidades que los individuos perciben en las cosas y que las hacen buenas y deseables o malas e indeseables, para su apropiación, disfrute, uso o consumo (Puy Muñoz, 2013: 146).

En nuestra opinión, el derecho posee un valor importante en sí mismo que se concreta en su adecuación a la búsqueda de la justicia a través del ordenamiento desde luego, pero no sólo a través de él. Pues el ordenamiento jurídico es únicamente una parte del derecho, una parte sin duda muy importante, pero sólo una parte. Por eso una cosa es el valor del derecho o incluso del ordenamiento jurídico en sí mismo, y otra, el valor de cada uno de los derechos concretos.

Mantenemos que el derecho, en general, es valioso porque realiza valores, o sea porque es el instrumento más efectivo de que disponemos los humanos para realizar valores, para llevar a cabo las cosas que queremos hacer con nuestra vida porque las estimamos valiosas, o sea, buenas para nosotros aquí y ahora (Puy Muñoz, 2013: 147).

Algunos colegas piensan que el cabal entendimiento de la función de los derechos como medios para la realización de los valores, constituye la única posible justificación o fundamentación de su existencia, pues como "esos valores son elegidos por seres humanos plenamente desarrollados intelectual y sentimentalmente, parece que no se precisa de ningún otro requisito para proceder a su vindica-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

ción y defensa tanto a nivel prudencial como moral" (Guisán, 1989: 194). Creemos que sí se precisaría de algo más, de al menos la última referencia a la justicia, pues la visión utilitarista como única causa para la protección o realización de cualquier valor nos parece una justificación endeble, por incompleta al menos.

De todas formas, y sea cual fuere el papel que se quiera destinar al estudio de los valores jurídicos, lo cierto es que el estudio y conocimiento de los valores no es un aspecto baladí en el derecho. Por eso la jurisprudencia dispone de unos conocimientos auxiliares que resultan imprescindibles para el conocimiento de la realidad jurídica.

Nos referimos a la axiología y a la estimativa jurídicas, formas de conocimiento que no son idénticas pero sí análogas. Con frecuencia se identifican ambos términos como sinónimos, aunque en puridad no lo son. De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, la *axiología* es la teoría de los valores, mientras que la *estimativa* es la facultad del alma racional para juzgar el aprecio que merecen las cosas. De modo que la estimativa es una facultad de la razón y la axiología es, en cambio, una teoría cuya función es analizar los resultados de la actividad antedicha. Pero advertido eso no hay inconveniente en tomar la estimativa como una teoría de las operaciones que realiza la facultad que le da nombre.

De tal modo que, definimos la estimativa jurídica o la axiología jurídica como la parte de la jurisprudencia especializada en resolver los problemas que plantea la valoración de las cosas y de los actos humanos constitutivos de experiencias jurídicas concretas (Otero Parga y Puy Muñoz, 2012).

El objeto de estudio central de la axiología jurídica son los valores jurídicos y sus clases, éstos son unas realidades espirituales que devienen accidentes materiales en las personas que intervienen en un acontecimiento de conflicto sobre bienes y actúan sin salirse de la trayectoria que conduce a la plenitud de sus existencias individuales (Otero Parga y Puy Muñoz, 2012).

Existen muchos tipos de valores, algunos son jurídicos, aunque en nuestra opinión cualquier valor pueden tornarse relevante desde el punto de vista jurídico cuando un individuo realiza, o intenta realizar, con aprobación u oposición de otro individuo la apropiación o disfrute, uso o consumo de un objeto o del comportamiento de

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

otro individuo, estimado valioso para aquéllos. Por lo tanto, entendemos que todos los valores tienen capacidad potencial para tornarse jurídicamente relevantes en fenómenos empíricos concretos. De modo que, aunque el término valor no es ni mucho menos exclusivo del derecho, lo cierto es que puede convertirse en jurídicamente relevante cuando la relación u objeto sobre el que se aplica tiene una trascendencia jurídica.

Aunque cualquier valor puede convertirse en jurídico si, como hemos visto, se dan las condiciones adecuadas para que suceda; existen valores especialmente relevantes para el derecho, éstos, que podemos llamar cardinales, sirven de goznes sobre los que gira la experiencia jurídica, son siete, a nuestro juicio (Puy Muñoz, 1967-1968).

El primero es la justicia, que entendemos como el valor jerárquicamente superior, razón de ser de todos los demás valores. A continuación, la libertad, la igualdad y el pluralismo, recogidos como valores superiores en el artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978 (Otero Parga, 1999). Finalmente y para completar la serie de siete, reconocemos a la dignidad, la legalidad y la paz.

Entendemos que la justicia no es sólo un valor jurídico extraordinariamente importante por estar presente en toda experiencia jurídica bilateral o unilateral, sino que es además el valor jurídico más importante, tanto por su solidez y presencia en el mundo jurídico, como por su carácter de organizador de todos los demás valores jurídicos. Por eso, afirmamos que la "justicia valor" es el aglutinante de todos los demás valores jurídicos, por ser la razón estimativa última del derecho.

A continuación recogemos los valores de libertad, igualdad y pluralismo, por este orden, porque es el que ha querido otorgarles el constituyente español. Reconocemos desde luego la importancia de estos tres valores, aunque no consideramos que necesariamente tenga un carácter jerárquico pues preferimos la dignidad que, sin embargo, hemos dejado para más adelante en la exposición que realizamos.

Obviando en este momento el aspecto puramente jerárquico, recordemos que la libertad ha sido considerada desde siempre como uno de los valores fundamentales que debía proteger el derecho. Pues "la justificación ética del Derecho y del Estado radica en la defensa y

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

realización de una serie de derechos básicos considerados imprescindibles y que no debe sacrificarse a otras instancias diferentes". ¿Qué otras instancias? Pues aquellas que se identifican con "derechos que se centran en la afirmación y potenciación del valor libertad, entendida ésta, ante todo y de manera fundamental, como libertad crítica, de conciencia y de expresión, por un lado, y de acción personal y participación social, por el otro" (Díaz, 1989: 147).

La libertad llegó a alcanzar tal predicamento en algunos momentos de la historia, sustancialmente en aquellos en los que fue valor más escaso, que se entendió como "el principio aglutinante de la lucha por los derechos humanos, hasta el punto de que durante mucho tiempo la idea de libertad, en sus distintas formas y manifestaciones se identificó con la idea de derechos humanos" (Pérez Luño, 1989: 282).

Nosotros entendemos que el valor libertad es uno de los valores más radiantes y permanentes en la experiencia jurídica, y lo identificamos con la capacidad de elegir siendo conscientes en cada caso de la responsabilidad que implica la elección realizada.

La igualdad es el otro valor jurídico que muchos jurisprudentes, y nosotros también, consideramos cardinal (Segura Ortega, 1991). Se trata, en efecto, de un valor que se ha manifestado como una aspiración creciente que sirve de "acicate y conformación del sistema de los derechos económicos, sociales y culturales" (Pérez Luño, 1989: 287). Creemos que la igualdad como valor jurídico es buena, pero debe entenderse siempre en relación con la desigualdad. De manera que ese valor traducido en principio y de ahí derivado hacia la norma, debe contemplar la igualdad ante la ley como derecho, y al mismo tiempo debe respetar igualmente la necesidad de la sociedad actual de proteger la diferencia como valor identificativo de la personalidad de cada ser humano que por su propia esencia no puede ni debe ser homogénea. La igualdad bien entendida debe convivir con la diferencia y en todo caso debe situarse jerárquicamente por debajo de la justicia.

El pluralismo es otro valor jurídico fundamental en la sociedad actual, con especial incidencia a partir del siglo xx, que responde a la existencia de una sociedad que huye de la uniformidad. Una sociedad formada por personas que precisan poder crearse a sí mismas de manera propia e irrepetible. Para eso necesitan poder acceder a la formación

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

que elijan y precisen; tener capacidad de elegir aquello que quieren aprender o desechar. Necesitan disfrutar de la posibilidad de obtener una formación que les permita decidir quiénes quieren ser, para después poder comunicarlo a otros y obrar en consecuencia.

El pluralismo actual se traslada a todos los ámbitos de convivencia de modo que impregna como valor toda la experiencia jurídica a través de derechos, justicias, leyes y doctrinas que, lejos de ser universales y únicas, tienden a ser plurales y opinativas. El valor del pluralismo no suele presentarse sin embargo como uno de los típicos dentro de aquéllos que deben proteger los derechos humanos. Creemos que tal omisión no se debe a una opción real de prescindir del mismo, sino a una práctica habitual de integrarlo y subsumirlo dentro de otros valores como la libertad de conciencia, la libertad de educación, la libertad de elección de circulación, la libertad de formación de partidos políticos, la libertad de expresión, etc.

La legalidad es un valor muy apreciado por los positivistas; tanto, que lo consideran el valor más importante del derecho. Esa importancia la trasladan a los derechos humanos, de modo que acaban convirtiéndola en el único fundamento de los mismos. De acuerdo con su pensamiento, la legalidad sería la puerta de entrada que franquea el paso al edificio de "lo jurídico". Todo aquello que entre a través de esa puerta será jurídico. Lo que no pueda pasar, por no estar directamente establecido en una ley positiva del Estado, simplemente no lo será.

Nosotros opinamos que el valor legalidad es muy importante dentro del derecho en general y de los derechos humanos, en particular, especialmente porque a través de su concurso se proporciona fuerza, certeza y seguridad a los derechos. No obstante, creemos que el valor legalidad está subordinado al valor justicia, pues de otro modo se podría estar legitimando cualquier mandato con validez formal con independencia del contenido material del mismo. Pero el valor legalidad es intangible en el ámbito de la legalidad sancionatoria, o sea, en el de la legalidad que recorta, expropia o anula derechos. Con esta afirmación no contradecimos nuestra opinión iusnaturalista repetidamente manifestada, pues "la razón de ello es que el principio procesal de legalidad penal es un principio de justicia natural" (Otero Parga y Puy Muñoz, 2012: 272).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

La paz a la que nos referimos al defenderla como valor jurídico fundamentador de los derechos humanos es la que se identifica con la tranquilidad y el orden (Agustín de Hipona, 425: 19.13.1). Mirado este valor general desde el ámbito puramente jurídico, la paz consiste en el valor que acredita la persona que procede cuidando de que ningún acto propio altere gravemente la tranquilidad del orden jurídico (operativo, judicial, normativo o doctrinal), establecido previamente en el grupo de referencia. Algunos autores discuten si este valor de la paz es propiamente jurídico. Nosotros consideramos que sí, porque es el valor que sirve de base para la efectiva realización de todos los demás valores jurídicos.

Defendemos esta idea fundamentalmente por tres razones: 1. Porque la situación de paz es la más valiosa y la preferible para el disfrute de los derechos; 2. Porque la situación de conflicto particular es valiosa, aunque menos que la paz general, para el disfrute de los derechos; y 3. Porque la situación de conflicto general (guerra, guerrilla, desórdenes callejeros seguidos) es la menos valiosa de todas para el disfrute de los derechos. Ciertamente, entre el ruido de las armas no se pueden oír las palabras de las leyes, según enseñaron los antiguos. Y nosotros añadimos: ni las palabras de las leyes ni las de los jueces ni las de los jurisprudentes… Ni siquiera pueden oírse las palabras de los embajadores que buscan un armisticio hasta que no se aprovecha una tregua…

Hemos dejado el valor "dignidad" para el final porque lo consideramos extremadamente importante. El valor, que junto con la justicia, en realidad formando en cierto modo parte de ella, puede considerarse el valor fundamentador por excelencia, tanto del derecho como de los derechos humanos. Tan es así que resulta muy difícil encontrar una fundamentación ética de los derechos humanos en la que coincidan los distintos operadores jurídicos, si exceptuamos, quizá, el valor dignidad.

Por eso, coincidimos con Pérez Luño (1989: 280) cuando afirma que: "la dignidad humana supone el valor básico fundamentador de los derechos humanos que tiende a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral". Y es que la dignidad humana representa el núcleo axiológico de los derechos de la personalidad, núcleo, que lejos de permanecer estático se muestra junto con la libertad y la igualdad en permanente movimiento según los avatares de la realidad histórica (Pérez Luño, 2007: 232).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

De la dignidad humana se derivan otros valores fundamentadores del derecho como la seguridad o la autonomía; y también, desde luego, la libertad y la igualdad; de los que a su vez derivan tanto valores civiles y políticos, en el caso de la libertad; y económicos, sociales y culturales, en el caso de la igualdad (Fernández, 1984: 120).

La "dignidad valor" es la realidad espiritual que se materializa en la actuación de una "persona actor" en un acontecimiento social de dominio, que por su propia iniciativa y sin que nadie se lo mande, reconoce y cede a los otros individuos que intervienen en el negocio todo lo que no se le puede negar a un ser humano cualquiera, sin degradarlo de su condición humana a la condición de cosa, o sin destituirlo del puesto que ocupa en la escala jerárquica social a otro inferior (Otero Parga y Puy Muñoz, 2012: 262).

La adecuada comprensión de la dignidad exige contemplarla desde una doble vertiente: como dignidad ética y como dignidad ontológica. La última es la que iguala a todos los seres humanos con independencia de su actuación, por el simple hecho de ser los sujetos superiores de la creación. Por su parte, la dignidad ética es la que distingue a cada ser humano en función de sus actitudes y del respeto que haya podido conseguir, o por el contrario, que le haya permitido despilfarrar. La dignidad ontológica, iguala; la ética, distingue. Ambas facetas son imprescindibles para una correcta comprensión plena, así de la igualdad como de la dignidad (Otero Parga, 2006: 32 ss.).

A pesar de que la dignidad parece ser hoy el valor fundamentador más usualmente aceptado por la doctrina, es necesario reconocer que ni siquiera tiene alcance universal. Pues "toda fundamentación tendrá inevitablemente carácter intra-sistemático y validez limitada o particular. No es posible pensar en la validez totalmente abierta y universal de una fundamentación" (Castro Cid de, 1993: 129). Por eso quizá, algunos autores aducen que "la pretensión de fundamentar los derechos humanos en el valor moral de la dignidad de la persona, significaría una petición de principio, puesto que 'decir que un ser humano tiene derecho porque es persona es tanto como decir que tiene derechos porque tiene derechos'" (Vernengo, 1989: 343).

Sea como fuere, y admitiendo que ningún valor tiene carácter universal, parece un lugar común admitir que la dignidad se configura

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

hoy como uno de los ejes fundamentales y fundamentadores de los derechos humanos, porque, con independencia de la forma en que cada sociedad o cada autor entiendan dicho valor, lo cierto es que pertenece a la naturaleza humana y se enraíza fuertemente en su ser. De manera que aunque sea difícil de definir e igualar, aunque cambie con el tiempo, el ser humano sabe lo que es digno y lo que no lo es. Quizá no por el conocimiento estricto de lo que es la dignidad, pero sí por la certeza y el reconocimiento de su antónimo, la indignidad.

Conclusión

La fundamentación axiológica de los derechos humanos es de carácter moral. Es más, creemos que "el modo tradicional de justificar moralmente los derechos humanos, o más en general la idea de que todos los seres humanos merecen respeto en cuanto tales, ha sido afirmar que algunas de las propiedades que los caracterizan son suficiente fuente de valor como para producir ese resultado" (Rodríguez-Toubes, 1995: 242).

Esta fundamentación puede ser objeto de matizaciones como las demás. Una de ellas refiere que aunque la existencia de los valores es incuestionable, ya no parece tan claro que de los mismos puedan derivarse unos derechos. De modo que, aun admitiendo que todo derecho protege un valor, lo cierto es que "tales derechos se originan en las normas jurídicas que los confiere al sujeto, por lo que en realidad no nacen del valor sino con ocasión del valor". Y "más bien podría afirmarse que la existencia de los valores lo que origina es el deber del legislador de dictar normas adecuadas para su protección, o dicho de modo más general, el deber de crear, a través del ordenamiento jurídico, las condiciones idóneas para una plena realización de los valores" (Fernández Galiano, 1993: 446).

Por tanto, fundamentar un derecho es decir que el contrato, la sentencia, la ley o la doctrina que lo declara y provee de acciones procesales hacen algo que los individuos del grupo estiman valioso, o que considerarían inválido, perjudicial o reprobable que no lo hicieran. Por tanto, no es verdad que los valores no sean derechos hasta que no se positivizan como tales por leyes estatales. Pero, aunque lo fuera, esa afirmación no lastimaría, a nuestro juicio, la fundamentación axiológica o iusnaturalista de los derechos humanos; es decir, la que enseña o propone que los derechos existen con independencia de las leyes que

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

los reconozcan. ¿Podría objetarse a esta afirmación que para entenderla o justificarla hay que hacer un ejercicio de fe, un acto de creer en lo que se ve?, es posible, quizá sea preciso creer en lo que no se ve pero sí se siente.

En relación con los derechos, la experiencia histórica ha demostrado en múltiples ocasiones que la razón del respeto por los derechos contenidos en las normas legales escritas no es única ni principalmente el miedo al castigo, sino la convicción de que su realización es de justicia. Es que la fuerza que tiene la convicción de lo que se siente, obrando en lo que se estima justo y bueno, es a veces mucho más fuerte que la convicción del temor que suscita el desacato a las leyes.

Fuentes consultadas

Bibliografía

Alexy, R. (2002), *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Añón Roig, M. J. (1992), "Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas", en Jesús Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, pp. 100-115.

Asís Roig, R. de (1992), *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Debate.

_____ (1989), "Algunas notas para la fundamentación de los derechos humanos", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 67-80.

Ballesteros, J. y Lucas Martín de F. J. (1989), "Sobre los límites del principio de disidencia", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 87-96.

Bobbio, N. (1982), "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, Madrid, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, pp. 354-371.

_____ (1965), "Sul fondamento dei diritti dell´uomo", *Rivista Internazionale di Filosofía del Diritto*, XLII (III), Milán, pp. 301-309.

Calsamiglia, A. (1989), "Sobre el principio de igualdad", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 97-110.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Camps, V. (1989), "El descubrimiento de los derechos humanos", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 111-118.

Castro Cid de, B. (1993), *Los derechos económicos, sociales y culturales*, León, Universidad de León.

_____ (1989), "La fundamentación de los derechos humanos", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 119-124.

_____ (1982), *El reconocimiento de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos.

Delgado Pinto, J. (1989), "La función de los derechos humanos en un régimen democrático", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 135-144.

Díaz, E. (1989), "Notas (concretas) sobre legitimidad y justicia", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 145-154.

Fernández Galiano A. y Castro Cid de, B. (1993), *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural*, Madrid, Universitas.

_____ (1989), "Carta al profesor Javier Muguerza", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp.163-170.

Fernández García, E. (1989), "Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 155-162.

_____ (1984), *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate.

Guisán, E. (1989), "Una justificación utilitarista de los derechos humanos", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 185-194.

Hipona, Agustín de (1959), *Civitas Dei. La ciudad de Dios*, (425), ed. y trad. de J. Morán, Madrid, La Editorial Católica.

Lucas Martín, de F. J. (1992), "Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos", en Jesús Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, pp. 13-21.

Muguerza, J. (1989), "La alternativa del disenso", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 19-56.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Ollero Tassara, A. (1989), "El consenso y el disenso en la fundamentación de los derechos humanos", en Javier Muguerza, y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 239-250.

Otero Parga, M. (2014), "La Medicación ¿una posible solución a la falta de eficacia de los derechos humanos?", en Milagros Otero y Leoba Castañeda (eds.), *Eficacia de los derechos humanos en el siglo XXI*, México, Porrúa.

_____ (2013), "La inflación de los derechos. Un problema de eficacia", en Narciso Martínez Morán, Ana María Marcos del Cano y Rafael Junquera de Estéfani (coords.), *Derechos humanos. Problemas actuales*, vol. 1, Madrid, Universitas, pp. 123-140.

Otero Parga, M. y Puy Muñoz, F. (2012), *Jurisprudencia dialéctica*, Madrid, Tecnos.

_____ (2010), "Requiem por los derechos humanos", *Dignitas*, III (XI), Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, pp. 48-56.

_____ (2006), *Dignidad y solidaridad. Dos derechos fundamentales*, México, Porrúa.

_____ (1999), *Valores constitucionales*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela.

Peces Barba, G. (1995), *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III.

_____ (1989), "Sobre el fundamento de los derechos humanos", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 265-278.

Pérez Luño, A. E. (2007), *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Madrid, Tecnos.

_____ (1989), "Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 279-288.

Prieto Sanchís, L. (1990), *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate.

Puy Muñoz, F. (2013), "¿Qué tiene que fundamentar una fundamentación teórica de los derechos humanos?", en Rafael Junquera de Estéfani, Ana María Marcos del Cano y Narciso Martínez Morán (coords.), *Derechos humanos: problemas actuales*, vol 1, Madrid, Universitas, pp. 141-156.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

_____ (2009), *Teoría tópica de los derechos humanos*, Madrid, Colex.

_____ (2000), "¿Son universais os dereitos humanos?", *Dereito*, 9 (1), Santiago de Compostela, *Universidade de Santiago de Compostela*, pp. 121-128.

_____ (1989), "¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 289-302.

_____ (1983), "Algunos tópicos actuales sobre derechos humanos", en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica. (En memoria y homenaje al catedrático D. Luis Legaz y Lacambra. 1906-1980)* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 275-289.

_____ (1967-1968), "Meditación sobre el valor del derecho", Santiago de Compostela, *Boletín de la Universidad Compostelana*, 75-76 (2), pp. 185-211.

Robles Morchón, G. (1989), "Los derechos humanos ante la teoría del derecho", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 311-320.

Rodríguez-Toubes Muñíz, J. (1995), *La razón de los derechos*, Madrid, Tecnos.

Ruiz Miguel, A. (1989), "Los derechos humanos como derechos morales ¿Entre el problema verbal y la denominación confusa" en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 321-326.

Segura Ortega, M. (1991), "La igualdad como fundamento de los derechos humanos", en *El principio de igualdad en la Constitución Española*, vol. 1, Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 573-580.

Ulpiano, D., (228), *Digesto*.

Vernengo, R. J. (1989), "Los derechos humanos y sus fundamentos éticos", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 327-343.

Vidal Gil, E. (1992), "Los derechos humanos como derechos subjetivos", en Jesús Ballesteros (ed.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, pp. 23-41.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

La dignidad desde la perspectiva de los tribunales constitucionales y el sistema interamericano de derechos humanos

Felipe Alfredo Fuentes Barrera*

Sumario

I. Los fundamentos de la dignidad humana y II. La interpretación judicial (interamericana y constitucional) de la dignidad humana.

Introducción

La concepción de los derechos humanos ocupa un lugar central en el discurso de la teoría jurídica por sus implicaciones al momento de tutela y protección por parte de los operadores jurídicos, primordialmente en sede jurisdiccional; de entrada, la positivación es una posibilidad en las democracias constitucionales nacientes al colocar a la persona humana como punto de partida de la función estatal.

El vuelco de la persona como centro de imputación de derechos y obligaciones no deja de ser controversial a la luz de los derechos

* Magistrado de Circuito desde el 2000. Cuenta con estudios de maestría y especialización judicial por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se ha desempeñado en la Administración Pública como secretario y juez de Distrito (ratificado) mediante examen de oposición; ha sido docente en la Universidad de Xalapa, Universidad de Guadalajara y en la Universidad Autónoma del Estado de México.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

humanos, en cuanto queda latente la titularidad respecto a las ficciones jurídicas; pero, si se analiza desde un enfoque filosófico y antropológico, el carácter definitorio que singulariza a la persona como titular de derechos es un rasgo de su dignidad humana.

Así, al dialogar sobre la dignidad humana se releva la idea de otros constructos jurídicos (igualdad, ética pública, fuerza de los derechos) porque la vinculación a la persona identifica a una categoría específica, esto es, al ser humano, cuya naturaleza delimita al resto de las relaciones jurídicas.

Este trabajo tiene como propósito determinar cuáles son las líneas argumentativas que han trazado los tribunales de corte constitucional y regional sobre la dignidad humana; el núcleo problemático se localiza en la aplicación de un concepto vago, que justamente conduce a su análisis como presupuesto, principio o criterio hermenéutico. A partir de lo cual, surge la siguiente interrogante: ¿Cómo interpretan los jueces constitucionales o regionales la dignidad humana?

Al considerar que la *dignidad humana* es una condición inherente a la persona conforme a su naturaleza intrínseca y extrínseca, se plantea como objetivo partir de la base de que este término requiere evaluarse desde un nivel sintáctico, dogmático y pragmático (Robles, 2013);[1] aunado a ello, importa asociar las concepciones metodológicas y epistémicas que sirven de fundamento al momento de determinar su significado.

I. Los fundamentos de la dignidad humana

El punto de inicio se encuentra en el ámbito conceptual de la dignidad humana, de tal suerte que para fijar los rasgos que la definen es preciso partir de la construcción etimológica y semántica de la palabra *dignidad* como referente inicial de los usos de este vocablo: proviene de la raíz latina *dignìtas*, *atis*, en un primer momento, vinculado a la cualidad de digno; en tanto, la voz *digno* significa: "que merece, que tiene derecho a (premio o castigo): latín *dignus* 'digno'" (Gómez de Silva, 1998: 225).

[1] Corresponde al análisis conceptual, interpretativo y de aplicación.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

El *Diccionario del uso del español* define la dignidad como: "Cualidad de digno. Cualidad de las personas por las que son sensibles a las ofensas, desprecios, humillaciones o faltas de consideración" (Moliner, 2007: 1042). Por su parte, en el *Diccionario de la lengua española* se le atribuyen los siguientes usos:

> 1. *f.* Cualidad de digno. 2. Excelencia, realce. 3. Gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse. 4. Cargo o empleo honorífico y de autoridad. 5. En las catedrales y colegiatas, prebenda que corresponde a un oficio honorífico y preeminente, como el deanato, el arcedianato, etc. 6. Persona que posee una de estas prebendas. U. t. c. m. 7. Prebenda del arzobispo u obispo. Las rentas de la dignidad. 8. En las órdenes militares de caballería, cargo de maestre, trece, comendador mayor, clavero, etc.

Este primer acercamiento ofrece una aproximación conceptual a la palabra *dignidad* que admite un primer uso referente al mérito de la persona, un modo de comportamiento; al mismo tiempo, corresponde a una distinción entre otros entes. En un segundo orden, adquirió un diferente sentido en el iusnaturalismo cristiano, como se advierte en el *Diccionario de filosofía*:

> *lat. Dignitatas; ital. Degnità.* Así tradujeron los escolásticos, siguiendo el ejemplo de Boecio, la palabra axioma (*cf.*, por ejemplo, Santo Tomás, In. Met., III, 5, 390). Vico también conservó la palabra, y sus "D." expuestas en la parte de la *Scienza Nuova* (trad. esp.: *Ciencia Nueva*, México, FCE, 1941), que intituló "De los elementos", constituyen los fundamentos de su obra. "Propongamos ahora aquí –dice– los siguientes axiomas o D. tanto filosóficos como filológicos, unas cuantas preguntas razonables y discretas, así como por el cuerpo animado corre la sangre, deben correr y animar esta Ciencia por dentro, en todo lo que razona acerca de la común naturaleza de las naciones (Abbagnano, 2004: 305).

En la filosofía cristiana, la palabra dignidad se asoció al vocablo *axioma* que era correspondiente a valor. Por último, en el plano jurí-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

dico no se advierte una notable diferencia en el significado, tomando en cuenta que al hablarse de dignidad de la persona humana se quiere significar la excelencia que ésta posee en razón de su propia naturaleza (*Diccionario jurídico mexicano*, 2000).

Derivado de lo anterior, se anticipa que esta aproximación a nivel semántico no ofrece una respuesta que de forma suficiente exprese su contenido; lo cual obedece a que su configuración no aclara a qué se refiere cuando se habla de dignidad humana; por lo que es preciso buscar un sustento de las implicaciones del término en el ámbito filosófico.

A razón de ello, el término dignidad humana de suyo genera una ambivalencia, a partir de su propia construcción lingüística: la dignidad y lo humano, que no conlleva a una práctica social, sino a un auténtico constructo intelectual cuyas implicaciones en lenguaje conducen a elevarse a un ámbito valorativo o reflexivo; como señala Levinas (2005: 17), "parecen distinguirse, por una parte, la realidad dada a la receptividad y, por otra, la realidad dada a la significación que ésta puede revestir".

Estas implicaciones representan la forma en que pueda abordarse el tema desde la perspectiva del sujeto frente al objeto del conocimiento, es decir, el análisis de la dignidad desde una perspectiva del idealismo y realismo. Bajo estas dos acepciones, llegaremos a su concepción normativa y cómo puede y debe emplearse dentro del sistema jurídico.

En el ámbito de la decisión judicial representa un tema de primer orden, en la medida de que los juzgadores pueden enfrentarse a diversas perspectivas para abordar un mismo término. Así, la ausencia de una definición de la dignidad humana parece conducir a la búsqueda de un convencionalismo a partir de los estudios propuestos por Arena (2014: 64).[2] Pero, lo propio de una categoría es que no necesariamente admite asignar un sentido desde un aspecto literal o común, porque puede estar imbuido de creencias; por lo que, como alternativa, es preciso retomar la fundamentación filosófica.

[2] De manera preliminar, "se sostiene que nos encontramos frente a una convención cuando las acciones y actitudes encajan de tal modo que forman un acuerdo".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

La concepción filosófica de la dignidad humana

El segundo estadio se encuentra en cómo la dignidad humana se ha estudiado desde la dogmática y qué significado se le atribuye. Inicialmente, ésta no se presenta como un concepto nuevo, en realidad se encuentra imbíbita en la propia conceptualización de la persona.

Así, el punto de partida lo constituye la persona humana que sustenta el núcleo esencial de la dignidad. En la cuna del pensamiento occidental se consideraba que: si "el acto del hombre es la actividad del alma según la razón" (Aristóteles, 2004a: 11), es claro que el rasgo definitorio es la naturaleza racional del ser humano; porque "En el nombre de la persona está incluida directamente la naturaleza; pues persona es la sustancia individual de naturaleza racional" (Aquino, 2001).

La fundamentación de la persona desde su naturaleza racional singulariza sus elementos: entendimiento y voluntad que concurren en la realización de su plenitud, en cuanto le procura para actuar adecuadamente en sociedad, en función de que "el hombre es por naturaleza un animal político" (Aristóteles, 2004b: 211). Escribe Platas Pacheco (2003: 80):

> el hombre es de naturaleza sensible y racional. Cada uno de los dos principios está en cierto modo contenido o dependiendo del otro. La naturaleza racional del hombre radica precisamente en que su conocimiento, a diferencia del de los ángeles y los animales, no es sensible, como el de los segundos, sino también intelectual, y en esta medida puede conocer todas las cosas y quererlas todas. Por esto último, el hombre es dueño de sí mismo y de la realidad que lo rodea.

Conforme a lo expuesto, el ser humano ocupa un lugar en la naturaleza, pero en cuanto está dotado de razón es superior frente a otros seres vivos, pues "hemos de creer que también para los adultos ha proveído en forma semejante la naturaleza, y que las plantas existen por causa de los animales y los demás animales por causa del hombre" (Aristóteles, 2004b: 219); de los cuales se sirve de modo racional, porque "lo propio del hombre con respecto a los demás animales es que

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

él solo tiene la percepción de lo bueno y de lo malo, de lo justo de lo injusto de otras cualidades semejantes" (Aristóteles, 2004b: 219).

Partiendo de esta base, se presenta de modo inescindible la dignidad de la persona humana como una condición sin la cual puede entenderse y comprenderse la amplitud y contemplación del ser humano. Desde esta vertiente, un primer acercamiento se encuentra en el célebre "Discurso sobre la dignidad del hombre" (Pico della Mirandola, 2010),[3]

[3] La parte conducente dice: "Ya el sumo Padre, Dios arquitecto, había construido con leyes de arcana sabiduría esta mansión mundana que vemos, augustísimo templo de la divinidad; había embellecido la región supraceleste con inteligencia, avivado los etéreos globos con almas eternas, poblado con una turba de animales de toda especie las partes viles y fermentantes del mundo inferior, pero, consumada la obra, deseaba el Artífice que hubiese alguien que comprendiese la razón de una obra tan grande, amara su belleza y amara la vastedad inmensa. Por ello, cumplido ya todo (como Moisés y Timeo lo testimonian) pensó por último en producir al hombre. Entre los arquetipos, sin embargo, no quedaban ninguno sobre el cual moldear la nueva criatura ni ninguno de los tesoros para conceder en herencia al nuevo hijo, ni sitio alguno en todo el mundo en donde residiese este contemplador del universo. Todo estaba distribuido y lleno en los sumos, en los medios y en los ínfimos grados. Mas no hubiera sido digno de la potestad paterna, aun casi exhausta, decaer en su última creación; ni de su sabiduría, permanecer indecisa en una obra necesaria por falta de proyecto; ni de su benéfico amor que aquel que estaba destinado a elogiar la munificencia divina en los otros estuviese constreñido a lamentarla en sí mismo.

Establecido por lo tanto el óptimo artífice que aquel a quien no podía dotar de nada propio le fuese común todo cuanto le había sido dado separadamente a los otros. Tomó por consiguiente al hombre así construido, obra de naturaleza indefinida, y habiéndolo puesto en el centro del mundo, le habló de esta manera:

> *Oh Adán, no te he dado ni un lugar determinado, ni un aspecto propio, ni una prerrogativa peculiar con el fin de que poseas el lugar, el aspecto y la prerrogativa que conscientemente elijas y que de acuerdo con tu intención obtengas y conserves. La naturaleza definida de los otros seres está constreñida por las precisas leyes por mí prescritas. Tú, en cambio, no constreñido por estrechez alguna te la determinarás según el arbitrio a cuyo poder te he consignado. Te he expuesto en el centro del mundo para que más cómodamente observes cuanto en él existe. No te he hecho ni celeste ni terreno, ni mortal ni inmortal, con el fin de que tú, como árbitro y soberano artífice de ti mismo, te informases y plasmases en la obra que prefirieses. Podrás degenerar en los seres inferiores que son las bestias, podrás degenerarte, según tu ánimo, en las realidades superiores que son divinas.*

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

la idea central se localiza en la libertad del ser humano para tomar, de manera conveniente, las cosas que le son necesarias, la cual no está sujeta a más límites que la recta razón y la igualdad. Es esta libertad lo que diferencia al hombre de otros seres en la naturaleza, en cuanto que, como ser pensante, autónomo y social se adscribe a la libertad como parte del significado de su autodeterminación.

Ahora bien, entrado el siglo XVIII, denominado Siglo de las Luces, surgen nuevos enfoques de carácter epistémico, primordialmente del racionalismo y criticismo, como métodos que sitúan a la razón como punto central de la explicación de los fenómenos, en franca oposición a las corrientes filosóficas del empirismo.

El movimiento del criticismo kantiano fue el paradigma en el pensamiento moderno, pues se dedica a abordar el problema de la validez del conocimiento. En el prólogo de su obra maestra sostiene que: "La razón humana tiene, en una especie de sus conocimientos, el destino de verse acosada por cuestiones que no puede apartar, pues le son propuestas por la naturaleza de la razón misma, pero a las que tampoco puede contestar, porque superan las facultades de la razón humana" (Kant, 2008: 5).

Tras la tesis en la que sienta las bases del conocimiento científico, el filósofo de Königsberg posteriormente dedica sus esfuerzos al estudio del deber; en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, hayamos una gran influencia de la razón en los temas morales, de hecho parte de la consideración que: "Sólo un ser racional posee la facultad de obrar por la representación de las leyes, esto es, por principios: posee una voluntad" (Kant, 2013: 36).

El argumento básico de este pensador alemán se sitúa en la búsqueda de principios que rigen el comportamiento humano, en cuanto ser dotado de razón que puede elegir libremente entre aquello que es correcto en relación con la naturaleza. La voluntad es objetiva –señala el filósofo–, es un mandato que proviene de la razón y, a su vez, en un modo imperativo; es decir, "todos los imperativos mandan, ya hipotética, ya categóricamente" (Kant, 2013: 37); el significado que kant otorga a estas máximas se manifiestan en el sentido que: "si la acción es buena sólo como medio para alguna otra cosa, entonces es el imperativo hipotético; pero si la acción es representada como buena en sí,

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

esto es, como necesaria en una voluntad conforme en sí con la razón, como un principio de tal voluntad, entonces es el imperativo categórico" (Kant, 2013: 37).

La forma en la que el filósofo distingue los imperativos radica principalmente en que el principio "hipotético" pretende lograr un propósito posible o real; en tanto, aquel principio categórico no precede de una condición sino que se admite como necesaria en sí mismo. En este sentido, el principio moral del imperativo categórico se fórmula en Kant de la siguiente manera: "obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal" (Kant, 2013: 43).

Ahora, la universalidad puede interpretarse en aquel imperativo categórico que es conforme con la naturaleza; a partir de lo cual, la voluntad, como acto racional, no se sustrae de las leyes naturales, consecuentemente: "La voluntad es pensada como una facultad de determinarse uno a sí mismo a obrar conforme a la representación de ciertas leyes" (Kant, 2013: 47), a esto añade el fin y el medio.

Sin embargo, el acto racional, que es conforme a las leyes de la naturaleza, se dirige a considerar a sus semejantes como fin en sí mismos, de lo que se desprende el imperativo práctico: "obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio" (Kant, 2013: 49); es decir, la persona merece un mismo comportamiento respecto de otros, por identidad natural.

Es aquí donde se encuentra la principal contribución de Kant al predicar el *fin en sí mismo*, porque si la persona tiene como propósito fijarse fines como actos libres de voluntad, éstos deben guiarse conforme a la razón, que implica tratar a sus iguales en cuanto seres racionales; en tanto, no tienen como mérito un valor susceptible de cuantificación, por eso no son objetos.

La tesis primordial para el filósofo se sustenta en que: "En el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad" (Kant, 2013: 53).

Este razonamiento es una de las bases de la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, ya que aquí se puede observar que la

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

humanidad que señala el filósofo de manera contextual en el ámbito de la naturaleza del ser humano en cuanto único ser dotado de razón, le permite actuar de la misma forma en la que se propusiese ser contemplado, esto es, ser racional capaz de tomar lo mejor para cumplir con el deber de respeto hacia sus semejantes; así:

> solamente la dignidad del hombre, como naturaleza racional, sin considerar ningún otro fin o provecho a conseguir por ella, esto es, sólo el respeto por una mera idea, debe servir, sin embargo, de imprescindible precepto de voluntad, y precisamente en esta independencia, que desliga la máxima de todos resortes semejantes, consiste su sublimidad y hace a todo sujeto racional digno de ser miembro legislador en el reino de los fines, pues de otro modo tendría que representarse solamente como sometido a la ley natural de sus necesidades (Kant, 2013: 56).

Se llega a esta conclusión porque precisamente la dignidad humana –en la concepción del filósofo– se basa en el elemento que constituye el fundamento para la actuación moral del ser humano: la autonomía. "El principio de la autonomía es, pues, no elegir de otro modo sino de éste: que las máximas de la elección, en el querer mismo, sean al mismo tiempo incluidas como ley universal" (Kant, 2013: 57). Entonces, la dignidad es propia de la persona humana, porque el mérito parte del lugar que ocupa como ser intelectivo en la naturaleza; es decir, es superior frente a otros seres pero no ante sus semejantes, en cuanto es el mismo con el otro. A partir de ello, la nota característica de la dignidad humana se vincula con aquello que le es debido a la persona conforme a su naturaleza, pues como afirma Ricoeur "algo se le debe al ser humano por el mero hecho de que es humano" (citado en Koninck, 2006: 28).

Encierra de este modo, un deber de todo ente racional el del respeto absoluto a la persona; con ello, no sería fácil asociar a la dignidad humana sobre un conjunto de derechos, antes bien, se encuentra en el reconocimiento de su condición, ese "deseo de reconocimiento recíproco nunca se ha manifestado tanto como hoy, cuando tantos individuos y pueblos sienten el desprecio o la indiferencia como una vulneración de su propia libertad" (Koninck, 2006: 39).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Esta presencia se manifiesta en la naturaleza, en cuanto ser racional el hombre es por lo que es: "el hombre se singulariza por una doble capacidad de romper con la naturaleza. Solamente él conoce este universo que lo engulle, y solamente él lo transforma, el menos equipado y el menos poderoso de todos los grandes animales" (Mounier, 2005: 27); luego, "Como individuo, cada hombre es único, pero también semejante a los otros" (Supiot, 2012: 44).

Finalmente, la dignidad humana también puede admitir perspectivas de reflexión; Dworkin (2014: 252-271) propone un concepto interpretativo de ésta que se sustenta en dos principios: el *autorespeto* y la *autenticidad*; es decir, está orientada en enfocar la mirada al interior de la persona, bajo el primer principio, cada persona debe aceptar la importancia de su propia existencia; en el ámbito del segundo, la persona debe generar y fortalecer una identidad o estilo de vida propia.

Desde esta vertiente, una mirada introspectiva que proyecte el ser y deber ser no queda descartado del entendimiento y proyección de la dignidad humana, considerando que los seres racionales tienen obligaciones antes que derechos frente al otro, al que se sitúa en el punto de partida, y esta obligación es el de respeto a su propia esencia; así, el carácter personal de la dignidad humana es coherente desde la perspectiva de los derechos humanos, en la que se antepone el deber frente a los derechos.

Sin embargo, este bosquejo no agota las cuestiones teóricas de la dignidad humana porque se trata de un tema multidisciplinar, cuyas valoraciones epistémicas dan respuestas válidas sobre este término que no es propio de la ciencia jurídica; así, como afirma Fernández (2011: 375), en el estudio se debate en torno a los planteamientos sobre la relación entre naturaleza y dignidad humana que podrán arrojar luz sobre cómo concebimos los derechos humanos, es decir, ¿en qué medida es posible y útil la plasmación jurídica de la concepción naturalista de la dignidad humana en el contexto de los derechos humanos?

En definitiva, actualmente el análisis de la dignidad humana afronta nuevos derroteros que requieren de enfoques de conocimiento más allá de la valoración filosófica-jurídica e imponen el deber a los juristas de encontrar nuevas directrices en el campo práctico.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

El carácter normativo de la dignidad humana

En el lenguaje de los juristas, la búsqueda de un significado de la dignidad humana y su contenido esencial forma parte del fundamento de los derechos humanos. Estos análisis son de la mayor utilidad en la academia, y para la formación y comparación de la jurisprudencia nacional y regional. Actualmente, es común que en la sentencia de los tribunales constitucionales se incluya, en la argumentación, la cuestión de la dignidad humana, a razón de ello, es preciso que se consideren tres posibilidades de conocimiento en torno a este término: como presupuesto, hecho-valor y criterio hermenéutico.

En este sentido se retoma la difundida discusión sobre la moralidad del derecho, como lo sostiene Atienza (2012: 59), existen problemas complejos a los que se enfrenta el juzgador, por ejemplo: "¿Qué criterios morales pueden usarse para valorar moralmente el derecho?, ¿Cómo deben resolverse los conflictos que puedan surgir entre obligaciones jurídicas y obligaciones morales?". Llevado esto al tema central, es evidente que el acto decisorio que impone dotar de un sentido y contenido a la dignidad humana en los casos jurídicos, coloca al juzgador en la concreción de la finalidad de todo sistema jurídico: la justicia.

Inicialmente, la propia idea de los derechos humanos también es problemática, no sólo a nivel conceptual sino desde su contenido o catálogo e inevitablemente de su garantía judicial, lo cual obedece a una gran variedad de concepciones o teorías del derecho (Escobar, 2005: 21); aunado a esto el sistema político de cada Estado y la propia formación del juzgador que atañe a su análisis en términos de legalidad y legitimidad.

A partir de lo anterior, surgen varios cuestionamientos: ¿cuál es el contenido jurídico de la dignidad humana (si esto es posible)? o ¿cómo entienden los jueces la dignidad humana (criterio de valoración y prescripción jurídica)?, desde mi perspectiva, puede partirse desde un doble examen: nivel legislativo y ámbito de aplicación; pero sostengo que no es posible conceptualizar jurídicamente la dignidad humana, antes bien, se puede acercar a precisar cómo se manifiesta en el derecho, pero además, ¿qué derecho? Siguiendo a Dworkin (2008: 16): "es importante los distintos modos en que los jueces deciden sus casos,

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

así como también lo que creen que es el derecho, y cuando no están de acuerdo con el mismo, es importante saber qué tipo de desacuerdo tienen".

Uno de los estudios, desde esta vertiente, lo realiza Maihofer (2008: 45), quien afirma: "si la dignidad que corresponde al hombre como personalidad ha de ser igual para todos, cada personalidad, empero, no es igual a las otras; en cambio, si la dignidad que corresponde al hombre en cuanto hombre tuviese que ser la misma para todos, cada hombre seguirá siendo igual a los demás".

Es una fórmula que considera al hombre como ser racional superior en la naturaleza frente a otros seres, pero en alteridad[4] con sus semejantes (Abbagnano, 2004), de modo que se presenta al hombre en cuanto a su individualidad pero también, en su sociabilidad. Por ello, el carácter normativo de la dignidad humana –en el autor– parte de la individualidad del hombre, de tal modo que la regulación de su actuación debe pensarse como un cometido en sí mismo respecto de todas sus manifestaciones; por lo que:

> Estado de Derecho, Estado Social y democracia tienen su sentido último y fin superior, no en el Estado instituido por tales vías y con esos medios, sino en la creación de aquellas condiciones de preservación y desarrollo que son irrenunciables, en nuestro entendimiento actual, para una digna existencia del hombre, libre de sometimiento y explotación, de temor y desamparo (Maihofer, 2008: 45).

Entonces, resulta coincidente, de acuerdo con Platas Pacheco (2003), que la dignidad humana es una entidad absoluta e inamovible que debe observarse desde el ámbito de lo jurídico, por tanto, el hecho de que la norma se adecue a un contexto social determinado, no autoriza al órgano estatal la transformación del ser de la persona humana, en cuanto el derecho no puede modificar lo que por naturaleza le está vedado.

Conforme a los citados estudios, desde el aspecto normativo, la dignidad humana se encuentra como presupuesto o criterio que fija un

[4] Consiste en: "El ser otro, el colocarse o constituirse como otro".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

límite a la función estatal que no requiere de una configuración textual; sin embargo, el carácter histórico de la humanidad ha propiciado que se eleve a una prescripción legal, a partir de lo cual se busca fijar esos límites que el Estado no puede ni debe rebasar. En efecto, toda la actuación del derecho que pretende regular la vida societaria encuentra como principio y fin a la persona humana, esto es, como afirma el Aquinate, "la ley tiene como objeto la felicidad del ser humano" (Aquino, 2001: 5).

Así, el carácter normativo de la dignidad humana pertenece a un hecho social que la dota de significado, de tal manera que se impone un reforzamiento al carácter moral del ser humano, mediante reglas o mandatos prohibitivos u omisivos; en concordancia con la pregunta que se planeta Finnis (2000: 294): "¿habría necesidad de autoridad jurídica y de regulación en un mundo donde no hubiese desobediencia ni, por tanto, necesidad de sanciones?" Me parece un juicio complejo cuya solución a nuestro sentido común, se basa en un proceso de juridicidad.

Con puntual precisión ejemplifica Pogge (2009: 61): "en la medida en que no es permisible para los ciudadanos asesinar a gente inocente para favorecer nuestros propios intereses, tampoco es permisible para nuestro gobierno que haga lo mismo en nuestro nombre". Esta visión humanista y política de la legitimidad coloca en el centro de la discusión teórica que la dignidad humana no admite una interpretación convencional, casuística o conforme a una determinada ideología política, importa elevar a su máximo nivel a la persona humana y es precisamente en la justicia donde encuentra el sendero de su protección.

De acuerdo con lo anterior, la positivación de la dignidad humana es correlativa a la de los derechos humanos; sin desconocer los textos anteriores, el carácter decisivo que asumió la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la CLXXXIII sesión plenaria el 10 de diciembre de 1948, justificó el carácter normativo de los derechos humanos en el preámbulo del documento, en el que se manifestó: "Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres" (DUDH, 1948).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

La dignidad humana se inscribe como elemento imprescindible que articula los derechos humanos enunciados en la Declaración, lo cual tiene como referente el carácter histórico que enmarcó la negación de la persona; el reconocimiento del ser humano en la organización estatal es ahora el tema de la discusión jurídica que proyecta la consolidación de un nuevo sistema político que asegure la convivencia social, cimentado en el respeto a la persona humana.

El lenguaje tutelador de la persona irradió en el discurso jurídico del hemisferio encaminado a la plenitud de la persona humana, y a partir de la debida consideración a su esencia; de modo que en la región, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre justifica en el Preámbulo que: "Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros" (DADDH, 1948).

Una parte relevante en el instrumento de referencia deriva en que la dignidad se sitúa en el entendimiento de la convivencia social, a partir del deber de respeto del ser humano hacia sus semejantes; la citada Declaración reconoce que: "El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad" (DADDH, 1948). De ahí que la positivación de la dignidad humana deriva del estado de naturaleza a la propia idea de una fuerza vinculante en las relaciones entre la manifestación del poder y el individuo, así como entre éstos.

Sin duda, la justificación normativa de la dignidad humana la expresa sólidamente Ernst Bloch (citado en Maihofer, 2008: 2) para quien "una adhesión sin reservas a la dignidad humana como norma con arreglo a la cual deben medir su validez todo ordenamiento social y toda Constitución estatal".

En el ámbito interno, la dignidad humana ha tenido una configuración en el ordenamiento constitucional que puede presentarse como un derecho, un principio o una garantía. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949) es una manifestación amplia de la voluntad del constituyente, al prescribir que: "*1)* La dignidad del

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

hombre es inviolable. Es deber de todos los poderes públicos respetarla y protegerla" (Maihofer, 2008: 3); el citado autor entiende que la garantía de la dignidad humana en el texto constitucional alemán, ocupa la calidad de una norma fundamental y de una norma básica del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, el artículo 10.1 de la Constitución española señala que: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social" (CE, 1978). Así, en el ordenamiento español, la dignidad humana tiene una característica de principio constitucional que informa a todo el sistema político, desde la construcción de la organización política, el sistema normativo y la función estatal; además, como garantía, es oponible a los órganos del Estado, lo cual se complementa con el párrafo 2, del citado artículo, al precisar que los derechos y libertades se interpretarán conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los instrumentos ratificados por España. En tanto, la Constitución Política de Colombia (1991) expresa en su artículo 1 que:

> Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respecto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Desde la constitución colombiana, la dignidad humana cumple un papel de directiva en el modelo de tipo de Estado, cuya actuación de la organización estatal ha de orientar a la consecución de los fines de la persona humana; por ello, este principio resulta oponible tanto al Estado como a los particulares, en la medida que se sitúa en el principio de solidaridad y como exigencia del interés general, de tal manera que es la base fundamental que informa el modelo de Estado.

Ahora bien, en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la referencia a la dignidad humana se localiza en los artículos 1, último párrafo; 2, apartado A, fracción II; 3, fracción II, inciso *c);* y 25, párrafo primero (CPEUM, 1917); en primer

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

lugar, la dignidad humana se asocia al respeto de la persona humana, como principio del ordenamiento constitucional encaminado a eliminar los tratos discriminatorios que atenten contra la esencia del ser humano.

En segundo lugar, la palabra dignidad humana se vincula de manera concreta a las reglas que han de observar los sistemas normativos internos, específicamente en la protección de la mujer en las comunidades originarias. También, se relaciona con la educación, ya que éste es el vehículo para que la enseñanza se oriente al respeto de la dignidad de la persona. Finalmente, de acuerdo con la acepción del artículo 25 constitucional, la actividad económica del Estado (rectoría) debe estar encaminada a la búsqueda del bienestar y dignidad de la persona.

Por lo anterior, una interpretación contextual del ordenamiento constitucional en México puede aportar, como dato relevante, que la concepción de la dignidad humana en el texto constitucional adquiere el matiz de un principio que permea en todo el sistema jurídico, al sustentarse sobre el principio pro persona. Esto se determina como criterio hermenéutico para la solución de los casos jurídicos, aunado a la cláusula que se impone en el párrafo tercero del artículo 1 constitucional, respecto de la obligación a cargo de las autoridades para promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de acuerdo con los principios de: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Cabe señalar que desde la bioética, la dignidad se torna en un límite en los estudios de la estructura molecular del ser humano, de hecho, en el preámbulo de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos se prescribe que:

> Las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas de mejoramiento de la salud de los individuos y de toda la humanidad, pero destacando que deben al mismo tiempo respetar plenamente la dignidad, la libertad y los derechos de la persona humana, así como la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas (DUGHDH, 1997).

Es así como la ciencia y la tecnología ponen a la sazón el tema de la dignidad humana, llevada al punto de los límites de esos campos

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

disciplinares al encontrarse de por medio el ser humano. Sobre esta base, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos apunta en la misma dirección, al determinar como criterio filosófico que la identidad de una persona comprende dimensiones biológicas, psicológicas, sociales, culturales y espirituales (DUBDH, 2005); de esta manera, la Declaración promueve el respeto de la dignidad humana y protege los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos (DUBDH, 2005).

Como se observa, la dignidad humana admite un significado en torno al cual se protege no solamente la individualidad de la persona, también sus procesos de socialización, desarrollo y progreso que impactan y propenden a la transformación.

II. La interpretación judicial (interamericana y constitucional) de la dignidad humana

La última parte es la relativa a la decisión judicial, por ello se propone indagar de qué manera los jueces aplican la dignidad humana a la solución de los problemas jurídicos, cómo interpretan su contenido y cuál es su funcionalidad en el sistema de los derechos humanos. En primer término, se parte de la revisión de algunos casos resueltos por el Tribunal Constitucional Español en los que se ha referido el tema de la dignidad humana; enseguida se estudian algunas resoluciones de otros ámbitos internos y de la Corte Interamericana.

El Tribunal Constitucional de España precisa su línea argumentativa desde la concepción axiológica de la Constitución, de manera que ubica la vida y la dignidad como valores supremos del ordenamiento; no obstante, la dignidad de la persona se considera como presupuesto de los derechos fundamentales, en ese sentido, sostiene lo siguiente:

> [El] el derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana – y constituye el derecho fundamental esencial y troncal

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

> en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art.10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos (TCE, STC-53/1985).

Además, la dignidad tiene como premisa la propia libertad y autonomía de la voluntad característica del respeto a la individualidad del ser humano; en efecto, el Tribunal considera que: "la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás" (TCE, STC-53/1985). Es decir, la dignidad humana adquiere una carga axiológica y normativa; sus rasgos característicos son: *a)* un valor espiritual y moral, *b)* inherente al ser humano, *c)* de carácter jurídico fundamental y, *d)* manifestación de la autodeterminación.

Más adelante, con relación a la doctrina de estudio, el Tribunal Constitucional español sostiene la *intangibilidad* de la dignidad humana; de tal forma que las limitaciones concretas de los derechos fundamentales no conducen a la alteración de la dignidad de la persona, en la medida que conserva para sí el *minimun* invulnerable que garantiza el ordenamiento constitucional, esto es, el respeto absoluto a su condición de ser racional. Por tanto, la dignidad humana es un principio que informa el contenido esencial de los derechos fundamentales, excluyendo, por esto, su papel de un derecho, sino, como se había anticipado, "un valor espiritual y moral".

Sin embargo, el argumento esencial se basa en que la dignidad humana no es objeto de control en sí mismo, sino a partir de su conjuga-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

ción frente a la lesión de un derecho fundamental individualmente considerado, porque, en principio, existe un carácter inalterable de la persona que es su dignidad, en tanto que los actos concretos en que se aduzca esa vulneración han de ser examinados a partir de la conjugación de un derecho fundamental. Efectivamente, el tribunal argumentó lo siguiente:

> En efecto, que de acuerdo con este precepto, la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes sean, junto con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, "fundamento del orden político y de la paz social", no significa ni que todo derecho le sea inherente —y por ello inviolable— ni que los que se califican de fundamentales sean *in tolo* condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad. Piénsese, precisamente, en la restricción de la libertad ambulatoria y conexas que padecen quienes son condenados a una pena privativa de libertad. Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 C.E. implica que, en cuanto "valor espiritual y moral inherente a la persona" (STC 53/1985, fundamento jurídico 8.º), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre —también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria [arts. 3, 18, 20, 23, 26 b) LOGP; 3.1, 74.9, 80, 182 b), 230.1 RP]—, constituyendo, en consecuencia, un minimun invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona. Pero sólo en la medida en que tales derechos sean tutelares en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por este Tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan (TCE, STC 120/1990).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

En las sentencias invocadas, se advierte que el Tribunal Constitucional ha marcado una línea argumentativa en torno a la dignidad humana, a partir de un enfoque axiológico y normativo del ordenamiento constitucional, conforme al cual la dignidad humana dota de significado a los derechos fundamentales y legitima el sistema normativo, considerando a la persona humana como el eje constructor del "orden político y paz social", negando el carácter de un derecho:

> Ciertamente el art. 10.1 CE contempla la dignidad de la persona, pero el contraste aislado de las decisiones impugnadas con lo dispuesto en dicha norma no puede servir de base para una interpretación autónoma de amparo, por impedirlo los arts. 53.2 y 161.1 *b)* CE y 41.1 LOTC (STC 101/1987 y 57/1994 y ATC 241/1985) (STC 136/96).

Desde otra vertiente, es objeto de estudio el tratamiento que con respecto a la dignidad humana ha efectuado la Corte Constitucional de Colombia; para este órgano de control de la constitucionalidad la dignidad humana tiene una doble naturaleza: una ética y otra normativa, lo cual se traduce en que la valoración de la dignidad no solamente se realiza desde la función en el ordenamiento constitucional sino como un derecho oponible a los actos de autoridad.

Esta primera aproximación se encuentra en la Corte Constitucional, para quien la dignidad humana tiene como contenido y fundamento:

> 1. El respeto de la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado. Los funcionarios públicos están en la obligación de tratar a toda persona, sin distinción alguna, de conformidad con su valor intrínseco (CP arts. 1, 5 y 13). La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal.
>
> El principio fundamental de la dignidad humana no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (CP art. 1). Su consagración como valor fundante y constitutivo del orden jurídico obedeció a la necesidad histórica de reaccionar contra la violencia, la arbitrariedad y la in-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

> justicia, en búsqueda de un nuevo consenso que comprometiera a todos los sectores sociales en la defensa y respeto de los derechos fundamentales.
>
> El hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse (CP art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como "vida plena". La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una **vida íntegra** y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social. Una administración burocratizada, insensible a las necesidades de los ciudadanos, o de sus mismos empleados, no se compadece con los fines esenciales del Estado, sino que al contrario, **cosifica al individuo** y traiciona los valores fundantes del Estado social de derecho (CP art. 1) (T-499/92).

En esos términos, la Corte Constitucional de Colombia delimita los caracteres de la dignidad humana:

a) Es un principio integrador y fin de la actividad estatal.
b) Su naturaleza es ética y jurídica.
c) Tiene una función legitimadora del ordenamiento jurídico.
d) Considera a la persona humana con *fin en sí mismo*, sustentada en la autonomía de la voluntad.
e) La autorrealización individual y social depende de una vida íntegra.

Más adelante, la Corte Constitucional analiza la dignidad humana a la luz del tipo de Estado, en cuanto a su teleología. Es decir, sitúa a la persona humana en el centro de la actuación de la actividad del Estado, encaminado a privilegiar el respeto a la persona en todas las manifestaciones del poder público; así, el órgano de control de la constitucionalidad argumenta que:

> La naturaleza social que identifica al ordenamiento jurídico colombiano tiene una sentida connotación de prevalencia de los derechos

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

fundamentales, en la superación de la crisis del Estado de Derecho y en la inmediata tarea de recuperación social en sus niveles, dentro de un necesario desarrollo de los principios de solidaridad y dignidad humana, los cuales orientan el nuevo estado social de derecho.

En consecuencia, las autoridades de la República están en la obligación de hacerse respetar y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares, de protegerlos en su vida, honra y bienes, a través de acciones humanitarias, en aquellas circunstancias que amenacen o vulneren derechos fundamentales, tales como la vida, la dignidad humana, la intimidad, la salud, etc. La omisión de una de esas acciones humanitarias justifica la intervención judicial y la consecuente sanción y responsabilidad a la persona o autoridad renuente. En consideración a lo anterior, la naturaleza social del Estado de derecho supone como lo quiso el Constituyente de 1991 un papel predominantemente activo de las autoridades y un compromiso permanente en la promoción y difusión de la justicia social.

La Carta Fundamental de 1991 consagra una nueva orientación filosófica que ubica al hombre en un lugar privilegiado y se convierte en el instrumento más eficaz al servicio de la dignificación del ser humano, lo cual se deduce de la lectura del Preámbulo y de los artículos 1 al 95. Con fundamento en ello, el respeto a la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado en sus diversas manifestaciones.

Lo anterior se traduce en la prevalencia del ser sobre el tener o el haber dentro de un contexto que debe presidir las acciones de quienes son los encargados de administrar justicia en sus distintos niveles. Deberá tratarse a todas las personas sin distinción alguna, de acuerdo con su valor intrínseco. La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin del Estado.

La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social (T-571/92).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

De acuerdo con lo anterior, puede advertirse que la interpretación constitucional de Colombia en torno a la dignidad humana se concibe bajo los siguientes aspectos:

a) El hombre ocupa un lugar privilegiado en el ordenamiento constitucional.
b) La obligación de hacer para autoridad en el respeto a la dignidad humana (no tolerar los actos de los particulares que atenten contra la condición del ser humano).
c) La naturaleza social del Estado de derecho supone un compromiso con la justicia social en el que se encuentra el respeto a la persona humana.

En razón de ello, la Corte Constitucional consolidó la tesis que habrá de sostener la interpretación constitucional de la dignidad humana, en cuanto a su contenido y alcances en el ordenamiento constitucional. En un ejercicio conceptual puede construirse de la siguiente manera: para la Corte Constitucional la dignidad humana es principio fundante del Estado, presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución, que exige un trato especial para el individuo; de tal forma que la persona se constituye en un fin para el Estado que vincula y legitima a todos los poderes públicos, en especial al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico.

De manera que, la Corte Constitucional atribuye a la dignidad humana una carga valorativa dentro del ordenamiento constitucional que permea la actividad estatal, orientada a la teleología del tipo de Estado y su relación con la sociedad; lo dicho, como se advierte de los argumentos que se transcriben a continuación:"2.1. La Constitución fundamenta la propia concepción del Estado, en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (art. 1)".

Como lo ha señalado la Corte, la dignidad humana: "es en verdad principio fundante del Estado (CP art.1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efec-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

tividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución".

Esa trascendencia suprema que le otorga la Constitución a la dignidad humana supone el reconocimiento del hombre como un fin en sí mismo y no como un objeto manipulable al que hay que buscar y encontrar su fin fuera de sí. Por lo tanto, respetar la dignidad "será tener en cuenta que el ser humano es anterior, lógica y sociológicamente al Estado, y por ello los procedimientos operativos y las normas que el propio Estado utilice en sus actividades han de ser lógica y sociológicamente adecuados a la índole personal de los seres humanos".

Dentro de la perspectiva anotada, la Corte de manera reiterada ha señalado que el reconocimiento superior de la dignidad, como principio fundante de nuestro ordenamiento constitucional,

> exige un trato especial para el individuo, de tal forma que la persona se constituye en un fin para el Estado que vincula y legitima a todos los poderes públicos, en especial al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico.

De lo expuesto fluye que cuando el Estado, independientemente de cualquier consideración histórica, cultural, política o social establece normas sustanciales o procedimentales dirigidas a regular las libertades, derechos o deberes del individuo, sin tener presente el valor superior de la dignidad humana, serán regulaciones lógica y sociológicamente inadecuadas a la índole de la condición personal del ser humano y, por contera, contrarias a la Constitución, en la medida en que se afectarían igualmente los derechos fundamentales, dado que éstos constituyen condiciones mínimas para la "vida digna" del ser humano; en efecto, cuando se alude a los derechos fundamentales se hace referencia a aquellos valores que son ajenos a la dignidad humana (C-521/98).

Como se advierte de esta posición jurisprudencial, las reflexiones de la Corte Constitucional han permitido profundizar respecto del contenido de la dignidad humana en un entorno político determinado; de manera que al defender la tesis de la naturaleza conceptual tripartita (de su origen) conforme al ordenamiento constitucional, esto es: un

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

principio, un valor y un derecho, confiere amplitud en el lenguaje que ofrece un canon de interpretación extensiva, no sólo desde el lugar que ocupa este término en la Constitución, sino en la construcción jurisprudencial que proyecta los fines de la persona humana en el Estado social de derecho.

De manera que, este desarrollo jurídico permite dimensionar la dignidad humana desde tres enfoques: sociológico, axiológico y positivo. Por lo que, la dignidad humana para la Corte Constitucional puede entenderse como fuente de satisfacción a los problemas vitales de las personas y sus necesidades económicas. Estas tesis las ha expuesto de la siguiente forma:

Como ya ha hecho carrera en la jurisprudencia de esta corporación, la dignidad humana, como entidad normativa, puede comprender tres objetos concretos de protección: *i)* la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiera); *ii)* la presencia de ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien) y *iii)* la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

Desde la perspectiva de la funcionalidad del concepto, la dignidad humana se ha entendido con una triple naturaleza de derecho fundamental, principio y valor. A grandes rasgos, la dignidad humana como derecho fundamental implica la correlatividad entre la facultad de exigir su realización en los ámbitos a los que atañe y el deber de propiciarlos; como principio puede entenderse como uno de los fundamentos que dieron origen a la aparición del Estado colombiano de hoy, así como un mandato de optimización, cuya realización se debe propender en la mayor medida posible; finalmente, como valor, la dignidad representa un ideal de corrección al que tiende el Estado y que le corresponde preservar.

Así las cosas, la importancia y la realización de la dignidad humana en el Estado colombiano deben ser superlativas, en tanto constituye una de las bases y de los presupuestos ontológicos para su existencia, siendo piedra angular para el desarrollo del contenido de otros derechos fundamentales, deberes estatales y particulares dispuestos en la carta.

En este orden de ideas, la Corte ha ligado el concepto de dignidad a otros, permitiendo con esto cualificar su contenido de manera

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

tal que la realización de aquel se propicie en la mayoría de escenarios posibles dentro de la realidad (T-940/12). Por su parte, en la postura jurisprudencial colombiana se reconocen tesis fuertes de la dignidad como un derecho exigible a través de acciones concretas del Estado y de la progresividad de los derechos en todo el entorno social

Ahora bien, corresponde estudiar la interpretación jurisprudencial que sobre la dignidad humana ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México); el Tribunal Constitucional considera que la dignidad humana es un derecho de primer orden a favor de la persona humana, base para el pleno ejercicio de los demás derechos. El Pleno de la Suprema Corte ha entendido que la dignidad humana:

> Es un derecho absolutamente fundamental para el ser humano, base y condición de todos los demás: el derecho a ser reconocido siempre como persona humana. Así, de la dignidad humana se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que el hombre desarrolle integralmente su personalidad. El derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad propia de la persona humana (AD 6/2008).

De acuerdo con la interpretación del Tribunal Constitucional en México, la dignidad es en sí misma un derecho, individualmente considerado; al mismo tiempo, se le adjudica un contenido valorativo al constituir la base para la comprensión de los demás derechos que resultan inherentes a la persona humana. Este encuadre dota de un significado normativo amplio de la dignidad humana porque no se limita a la positivación, en realidad desarrolla una función dentro del ordenamiento constitucional al dar contenido y sustento a los derechos fundamentales o humanos.

Más adelante, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación afianza la naturaleza normativa de la dignidad humana, al sostener lo siguiente:

> Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y, por el cual, se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de res-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

> petar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta –en su núcleo más esencial– como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada (ADR 1200/2014).

De este modo, la dignidad humana adquiere especial relevancia porque la interpretación constitucional le añade elementos definitorios que determinan su contenido; así, desde la interpretación asumida por el órgano de control de la constitucionalidad, la dignidad admite los siguientes caracteres:

a) Tiene un contenido ético, implícito.
b) Tiene una naturaleza normativa, derecho fundamental.
c) Es un principio, mandato de optimización.
d) Es un valor, deber de respeto por las autoridades y los particulares.
e) Tiene una concepción naturalista, la esencia del ser humano.

Como se observa, el carácter axiológico y normativo que el Tribunal adscribe a la dignidad humana es un escenario abierto a la configuración de la interpretación constitucional. Hasta aquí el ejercicio de la evaluación de este tema desde la perspectiva de la teoría de decisión judicial, o cómo la interpretan y aplican los jueces.

Corresponde ahora, la revisión de la argumentación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en este apartado, es paradigmático el *Caso Velásquez Rodríguez* vs. *Honduras* (1988), porque en la sentencia, la Corte sentó las bases que ha asumido la jurisprudencia regional en torno a la dignidad humana –sin eludir los casos posteriores–; los razonamientos de la Corte Interamericana son los siguientes:

> 154. Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.

158. La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención, como se expone a continuación.

165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.

166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existen-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

cia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

En la acepción de la Corte, la dignidad está relacionada con la integridad de la persona, de modo que los daños causados sean reparados en su integridad. Digamos que se trata de la visión dominante de la dignidad porque surge frente a lesión de la integridad humana. Así, en el papel de último intérprete del *corpus iuris* interamericano, la Corte Interamericana ha delineado el sendero de los derechos humanos en el orden regional; desde la vertiente de la dignidad humana, en la jurisprudencia anotada se desprenden como líneas argumentativas las siguientes:

a) No cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana.
b) El ejercicio de la función pública tiene como límites los derechos humanos, en cuanto son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado.
c) Existen atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente.
d) La protección de los derechos humanos implica la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.
e) Es deber de los Estados parte asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.
f) Los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.
g) La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

> orden normativo; también, precisa de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

De este recorrido, puede advertirse que al dotar de un contenido a la dignidad humana, el juzgador asume un papel fundamental en la proyección de los fundamentos de un modelo de Estado que resulta acorde al *ser* y *deber ser* de la persona humana; queda pues latente cuestionarnos a la manera de Lyotard (1998: 137) "¿Qué es esta figura del otro en mí, en la cual se dice que descansa mi derecho a ser tratado como un ser humano?"; si en cada sentencia se pronuncia justicia, en esa justicia se realiza el ser humano.

Conclusión

Las concepciones teóricas, metodológicas e ideológicas del juzgador son elementos que determinan la asignación de un contenido a la dignidad humana, aspectos que resultan relevantes al momento de dotarle de un sentido y su proyección desde un modelo de Estado; como lo advierte, por semejanza de razón, Palombella (2006: 75) "el conocimiento de los valores incluidos en las Constituciones se corresponde con el reconocimiento de lo que 'vale' en un determinado marco constitucional y social".

Si se adopta la tesis de la dignidad humana como un derecho (humano o fundamental) pierde sentido y se corre el riesgo que, como todo derecho humano, tienda a relativizarse; lo que en principio parecería un contrasentido, pues no puede eliminarse que su contenido es moral.

En cambio, el análisis de la dignidad humana, como un principio y un valor (presupuesto), ofrece un canon interpretativo abierto, en tanto informa el contenido esencial de la Constitución como también la base del resto de las normas del ordenamiento; esto deriva del carácter moral de la dignidad humana que impone deberes para con el otro: el respecto a la esencia.

Cabe decir que la línea jurisprudencial ha trazado los derroteros de la interpretación constitucional y regional en torno al contenido de

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

la dignidad humana, así como el papel que de modo esencial desarrolla en las democracias constitucionales; pues no escapan a la vida común los problemas más complejos: eutanasia, el embrión y demás temas de la bioética que ponen al límite el derecho y la moral.

Frente a estas dos cuestiones, queda para la reflexión el análisis de la dignidad humana desde un aspecto de la legalidad y la legitimidad; a partir de la idea del poder y la persona humana.

Fuentes consultadas

Bibliografía

Abbagnano, N. (2004), *Diccionario de filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica.

Aquino T. (2001), *Suma de teología*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos.

_____ (2004), *Tratado de la ley*, México, Porrúa.

Arena, F. (2014), *El convencionalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons.

Aristóteles (2004a), *Ética nicomaquea*, México, Porrúa.

_____ (2004b), *Política*, México, Porrúa.

Atienza, M. (2012), *Tras la justicia, una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel.

Dworkin, R. (2014), *Justicia para erizos*, México, Fondo de Cultura Económica.

_____ (2008), *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa.

Diccionario Jurídico Mexicano (2000), México, Porrúa-UNAM.

Real Academia de la Lengua (2014), *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 13 ed., Madrid, RAE.

Escobar, G. (2005), *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Trama editorial.

Fernández García, E. (2011), *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Madrid, Dykinson.

Finnis, J. (2000), *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Gómez de Silva, G. (1998), *Breve diccionario etimológico de la lengua española*, México, Fondo de Cultura Económica.

Kant, I. (2008), *Crítica de la razón pura*, México, Porrúa.

_____ (2013), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, Porrúa.

Koninck, T. (2006), *De la dignidad humana*, Madrid, Dykinson.

Levinas, E. (2005), *Humanismo del otro hombre*, México, Siglo XXI.

Lyotard, J. (1998), *Los derechos de los otros*, Madrid, Trotta.

Maihofer, W. (2008), *Estado de derecho y dignidad humana*, Buenos Aires, I de F.

Moliner, M. (2007), *Diccionario del uso del español*, México, Gredos-Colofón.

Mounier, E. (2005), *El personalismo*, México, Maica.

Palombella, G. (2006), *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, Madrid, Trotta.

Pico della Mirandola, G. (2010), "Discurso sobre la dignidad del hombre", *Revista digital universitaria*, 11 (11), México, UNAM, pp. 1-6.

Platas Pacheco, M. (2003), *Filosofía del derecho. Analogía de proporcionalidad*, México, Porrúa.

Pogge, T. (2009), *Hacer justicia a la humanidad*, México, UNAM-CNDH-FCE.

Robles, G. (2013), *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*, México, Coyoacán.

Supiot, A. (2012), *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI.

Instrumentos internacionales

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997).

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Resoluciones

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988 (Fondo), Serie C, No. 1.

Sentencias

Tribunal Constitucional de España

STC 53/1985, Pleno, sentencia del 11 de abril de 1985 (*BOE* núm. 119 del 18 de mayo de 1985).

STC 101/1987, Segunda Sala, sentencia del 15 de junio de 1987 (*BOE*, núm. 163 del 9 de julio de 1987).

STC 120/1990, Pleno, sentencia del 27 de junio de 1990 (*BOE*, núm. 181 del 30 de julio de 1990).

STC 136/1996, Sala Primera, sentencia de 19 de julio de 1990 (*BOE*, núm. 181 del 12 de agosto de 1996).

Corte Constitucional República de Colombia

T-499/92, expediente T-2359, sentencia del 21 de agosto de 1992, Bogotá.

T-571/92, expediente T-2635, sentencia del 26 de octubre de 1992, Bogotá.

T-940/12, expediente T-3555943, sentencia del 13 de noviembre de 2012, Bogotá.

C-521/98, expediente D-1996, sentencia del 23 de septiembre de 1998, Bogotá.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)

SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación), ALIMENTOS. REQUISITOS PARA QUE LOS ABUELOS ASUMAN OBLIGACIONES ALIMENTARIAS RESPECTO DE SUS NIETOS MENORES DE EDAD (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 357 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO). ADR (Amparo Directo en Revisión) 1200/2014, Tesis CCCLXIV/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, décima época, libro 11, tomo 1, octubre de 2014, p. 592.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación), DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES, Amparo Directo 6/2008, 6 de enero de 2009, Pleno, LXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXX, diciembre 2009, p. 8.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Derechos fundamentales y el mínimo vital: una visión desde la filosofía política y la dogmática constitucional en torno a los derechos sociales

Isaac de Paz González*
María José Bernal Ballesteros**

Sumario

I. Cultura constitucional y derechos humanos y II. Articulación empírica de los derechos fundamentales: dogmáticas constitucionales.

Introducción

A partir de las acepciones sobre la estructura formal de los derechos fundamentales se originó un debate abierto acerca de su contenido y definición, aunque desde una perspectiva eminentemente teórica. Por ello, consideramos que hace falta entender –desde el punto de vista

* Doctor con mención "*Cum Laude*" en *Derechos fundamentales y libertades públicas* por la Universidad de Castilla-La Mancha, España; maestro en justicia constitucional y licenciado en derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México. Profesor de tiempo completo e investigador de la Universidad Autónoma de Baja California campus Tijuana.
** Doctora en derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, maestra en justicia constitucional y licenciada en derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México. Investigadora adscrita al Centro de Estudios de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. Profesora de la Universidad Autónoma del Estado de México.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

constitucional y pragmático– qué tipo de derechos son esenciales en un contexto social determinado, para poder establecer "respuestas empíricas susceptibles de argumentarse como verdaderas" (Ferrajoli, 2009: 290). Así, en la obra del citado profesor italiano, se define cierta estructura formal de los derechos y se afirma que "no puede decir cuáles son o cuáles deben ser", ya que las respuestas a dichas interrogantes pertenecen al discurso de la ciencia jurídica positiva, a la filosofía política y a la teoría del derecho.

En la acepción teórica que se desprende de la dimensión semántica de los *derechos fundamentales* puede decirse que los derechos humanos –desde la perspectiva normativa– cubren el espectro positivo de la universalización de aquellas prerrogativas necesarias para el desarrollo armónico de las sociedades contemporáneas, y en ellos se insertan los derechos humanos, civiles, públicos y políticos (Ferrajoli, 2009). En este artículo exponemos algunas posturas pragmáticas que propician y reconcilian esta visión teórica y práctica, enfocándonos principalmente en los derechos sociales.

Con estos hilos conductores, estudiaremos los aspectos de la filosofía política de los derechos fundamentales. La perspectiva que adoptaremos tiene influencia de algunos trabajos sobre el desarrollo de las capacidades humanas de una vida conforme a la dignidad de las personas (Nussbaum y Sen, 1993). Bajo estas consideraciones, la presente investigación pretende vincular las ideas del Estado justo como Estado constitucional, cuyo cometido es la satisfacción de las necesidades sociales básicas.

Por otro lado, en este trabajo se argumenta la influencia de la cultura jurídica proveniente del derecho internacional con respecto a los derechos humanos y su recepción en el contexto nacional; especialmente, porque las directrices internacionales están cambiando el modo de concebir y el funcionamiento de los sistemas jurídicos nacionales, en algunos casos con éxito y en otros con algunas barreras políticas, pero con una vertiente más efectiva para los derechos sociales.[1] El hecho es que la

[1] Nos referimos a los sistemas interamericano y europeo de derechos humanos que han enfrentado periodos de estabilidad y altibajos en la relación con los Estados y sus tribunales nacionales. En el primero, con mucha efervescencia a partir del 2000, y en los últimos años, especialmente con una línea jurisprudencial ascendente (propuesta por el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor) a

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

cultura jurídica nacional se transforma de modo que los resultados de la eficacia normativa supranacional moldean los resultados del sistema constitucional doméstico; esto se debe, en parte, a las fallas internas del Estado. Así, constantemente se buscan mecanismos de protección regionales ante la desconfianza y problemas del sistema nacional.[2] Bajo estos prolegómenos es posible plantear la siguiente interrogante: ¿Cuáles son los derechos "fundamentales" que permiten garantizar las necesidades sociales básicas en un sistema jurídico determinado?

Para responder estos planteamientos, en este trabajo describiremos, inicialmente, el concepto de cultura constitucional y derechos fundamentales. Enseguida abordaremos la noción contemporánea de tales derechos y luego su dimensión empírica en la dogmática constitucional. Por lo que partiremos de la postura teórica del constitucionalismo iberoamericano,[3] así como del análisis de algunas sentencias de las cortes constitucionales.

favor de la justiciabilidad directa de los derechos de salud, educación y trabajo; como se desprende de los casos: *Suárez Peralta* vs. *Ecuador* en 2013; *Canales Huapaya y otros* vs. *Perú* en 2015, y *González Lluy y otros* vs. *Ecuador* en 2015. Tal cualidad es también visible en el sistema europeo, mediante la aceptación de la justiciabilidad de los derechos sociales a través de los derechos civiles; a partir de su sistema de quejas colectivas, demandas individuales y el monitoreo realizado por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).

[2] Por ejemplo, los casos que llegan a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos son aquellos que no tienen solución en el contexto nacional, como frecuentemente ocurre con México. Un ejemplo: El 2 de marzo de 2016, la CIDH decidió ampliar la medida cautelar 452/13, otorgada originalmente el 18 de mayo de 2015 a favor de Lauro Baumea Mora, Miguel Ángel Cota Tórtola y Aurelia Butimenia, líderes del Pueblo Yaqui en México. A través de la ampliación, la CIDH solicitó la protección de la vida e integridad personal de Librado Valenzuela Valencia, Esteban Cecilio Valenzuela Butimea, Arturo Matas Gonzáles, Gilberto Gálvez Palma y Gregorio Valdez Molina, miembros de las comunidades Yaquis en Vicam, Bélem, Cócorit, Bácum y Pótam. La información aportada por los solicitantes alega que los beneficiarios se encuentran en una situación de riesgo por haber sido objetos de actos de violencia, hostigamientos, seguimientos y amenazas de muerte producto de su labor como defensores de derechos humanos y del agua" (CIDH, MC 452-13, 2016).

[3] Con la salvedad de que en Iberoamérica se utiliza la terminología de los *derechos fundamentales*, sin tener en cuenta que es un concepto que puede tener acepción constitucional como categoría excluyente (por ejemplo, en la Constitución española y en la Ley Fundamental de Alemania). Por lo que debemos considerar y tener cuidado para no tergiversar un sentido normativo de uno teórico, pues la utilización e importación de palabras o sustantivos del derecho comparado pueden tener una concepción distinta en cada ámbito normativo.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Aunque no de manera limitativa, se hará mayor énfasis en el estudio de las decisiones recientes de los tribunales constitucionales de México y Alemania; ya que las cartas constitucionales de ambos Estados contienen la denominación normativa "derechos fundamentales", en el caso de Alemania y, "derechos humanos", en el caso de México. Aunado a ello, veremos si la denominación lexicográfica influye en el trato jurisdiccional y legislativo de los derechos, ya sea para dotarlos de mayor fuerza normativa o para disminuir la intensidad de su vinculación a los órganos constituidos.

I. Cultura constitucional y derechos humanos

En México, desde la reforma constitucional de 2011, es ya un lugar común señalar cuestiones relacionadas con el control de convencionalidad, tanto en la academia nacional como dentro de la perspectiva de justicia constitucional latinoamericana.[4] La implementación del control convencional ha significado el cambio de un modelo vertical a uno horizontal, en la exigibilidad de los derechos humanos como normas vinculantes en el sistema jurídico interno.[5]

Esta universalización deviene de las acepciones normativas del Pacto de San José y la construcción de la exigibilidad de los derechos, elaborada por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH y Corte IDH, respectivamente). El discurso de la convencionalidad se justifica desde el punto de vista del derecho internacional y la imperatividad del *jus cogens* tanto como del *pacta sunt servanda*.[6] Sin embargo, a pesar de los métodos usados por los órganos jurisdiccionales,

[4] Entre otros Rodríguez Rosario del (2015); Ferrer Mac-Gregor (2012 y 2011): Castilla Juárez (2013); García Ramírez (2011); Von Bogdandy *et al.* (2011).

[5] Para todas las autoridades políticas, legislativas, administrativas y órganos autónomos, en el ámbito de sus competencias, e incluso para los particulares cuando actúen con fundamento en normas generales.

[6] Recordemos que la vinculación política y normativa de los acuerdos internacionales tiene como origen la Convención de Viena que señala: "Artículo 26: *Pacta sunt servanda*.- Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"; "Artículo 27.- El derecho interno de los Estados, las reglas de las organizaciones internacionales y la observancia de los tratados. 1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

y de la influencia de la Corte IDH en el sistema constitucional mexicano, la realidad de los derechos poco o nada ha cambiado, su exigibilidad es un tema pendiente y crítico en algunos aspectos, principalmente, en temas relacionados con la integridad personal y derechos socioeconómicos.

Una postura que se ha referido a este problema, entre dimensión normativa y discurso, es la que sostiene Castilla Juárez (2013), al afirmar que se trata de un falso control de convencionalidad, pues se refiere únicamente a la utilización del término, ya que ésta estará siempre subordinada a la Constitución, y así, las cosas seguirán iguales o peores. Por desgracia, esta afirmación se puede verificar, principalmente, en los procesos judiciales que más allá de mostrar avances cualitativos en la adjudicación de los derechos, evidencian severos problemas de entendimiento en distintos ámbitos, en particular, envían un mensaje de *conflictividad* de los derechos a través de los equívocos suscitados a partir de la aceptación de ponderar los derechos constitucionales.[7]

De acuerdo con lo anterior el control de la convencionalidad no reemplaza ninguna estructura previa sino que complementa los sistemas nacionales para lograr la estandarización regional de la forma de aplicación del derecho internacional. Para lograr el efecto perseguido por el derecho internacional, la articulación desde planos multinivel requiere, forzosamente, la intervención de los medios políticos, económicos,[8] jurídicos;[9] y procesos de aprehensión de la cultura constitucio-

[7] Este problema en especial se presenta en el sistema de justicia cuando se alude a la *ponderación* que culmina en la derrotabilidad de un derecho humano ante otro de igual jerarquía. Este error conduce a señalar que –dentro del sistema constitucional– hay bienes jurídicos con mayor peso que otros y que merecen ser protegidos en lugar de otros, esto desde luego afecta la interdependencia y universalidad de los derechos humanos.

[8] Un estudio muy completo (Gatto, 2011) expone las implicaciones de la actividad comercial e inversión de las empresas transnacionales; su armonización con los derechos humanos es necesaria desde la perspectiva de las obligaciones directas e indirectas que asumen los agentes comerciales –por medio de vías legislativas y de políticas regionales tanto como nacionales– dentro de la Unión Europea mediante un compromiso objetivo y subjetivo de su actividad con los derechos laborales de consumidores.

[9] La justicia constitucional tiene medios jurisdiccionales y operativos limitados, aunque si es factible que, a través de sus decisiones, favorezca la objetividad de sus decisiones a fin de que el sistema jurídico logre superar los déficits

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

nal interna de aquellos derechos calificados como *fundamentales* por el sistema normativo.

Ante estas circunstancias, la universalidad de los derechos ha de ser entendida en cada contexto constitucional y de acuerdo con la cultura constitucional de cada Estado. Ésta se complementa con la cultura jurídica creada por las interpretaciones, decisiones y recomendaciones de los órganos supranacionales (sistema interamericano), cuya función pedagógica ha logrado la difusión de la cultura del respeto a los derechos humanos en los sistemas domésticos.

Al hablar de ámbitos supranacionales, se reconoce que las constituciones estatales no son fuentes definitivas o limitadas de derechos, sino que se complementan y armonizan con directrices de gobierno regional (la Unión Europea es el paradigma de este caso); por lo tanto, son un puente que conecta la fundamentación y el ejercicio de poder constitucional con las bases supranacionales que generan protección constitucional objetiva y protección subjetiva, a favor de los gobernados de un sistema regional.[10] Aquí, es necesario acotar que el tema de los derechos y su visión plural, como mecanismos de gobernanza internacional que sirven de hoja de ruta a los Estados, requieren un enfoque analítico que rebasa el ámbito judicial y entra, necesariamente, en el terreno legislativo.

Los derechos humanos han sido el gran tema de las decisiones de la Corte y la Comisión Interamericana que –como marca de inicio del siglo XXI– han logrado transformar los sistemas normativos nacionales en torno a nuevos valores jurídicos y políticas jurisdiccionales que promueven la igualdad, la protección a grupos minoritarios y la homogenización del seguimiento al *corpus iuris* in-

constitucionales e implantar un sistema férreo de decisiones. Sin embargo, por ejemplo en materia de amparo, los efectos *inter partes* de la sentencia son barreras para que la declaración de inconstitucionalidad pudiese tener efectos generales, desde el primer asunto en que se advierta, y que no sea necesario esperar a un segundo caso consecutivo como se prevé en la nueva Ley de Amparo.

[10] Esto significa que los individuos se someten a distintos niveles de gobierno más allá de sus Estados, tanto organismos internacionales como cortes o tribunales internacionales pueden invadir la esfera del gobernado para protegerla. Por esta razón consideramos que hay subordinación internacional directa hacia los particulares.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

teramericano, como norma plenamente vinculante para los sistemas locales de gobierno.

Pero, ¿hasta qué punto está cambiando la cultura jurídica en los Estados? Hace falta un análisis cuantitativo que, con mayor precisión, aporte datos para conocer la influencia positiva del sistema en sentencias, políticas públicas, normas y actividades del poder público. Desde la perspectiva internacional, Wiener y Puetter (2009) proponen un esquema de cuatro dimensiones para la implementación de la norma jurídica: 1. Validez formal, 2. Reconocimiento social, 3. Validación cultural y 4. Asunción lógica.

En cuanto a la validez formal, el tratado es vinculante a partir de que los Estados firman el tratado y lo ratifican; la segunda etapa –de reconocimiento social– conlleva el aprendizaje de la nación y la conducta de la comunidad basada en estas normas (de acuerdo con la interacción social); el tercero, reside en las expectativas individuales y la experiencia y, el cuarto, en las asunciones lógicas y la impugnabilidad (Wiener y Puetter, 2009).

Luego, estos autores señalan que el constitucionalismo es un análisis distintivo de las prácticas sociales en los niveles organizacionales y culturales, y de cómo las normas pueden alcanzar un grado de adecuación, reflejada por el cambio de comportamiento en una escala global. Sin embargo, en ausencia de reconocimiento social, las normas son susceptibles de ser mal interpretadas o simplemente ignoradas.

Esta sería la situación que vive México a partir de la reforma de 2011. Los cambios en las normas y el nuevo programa constitucional son la base para modificar los enfoques jurisdiccionales, legislativos y de política pública para mayor y más efectiva vinculación de los derechos humanos en todo el sistema de gobierno.

De un modelo de legalidad, ahora se tiene el modelo de la eficacia horizontal para el estudio de los derechos constitucionales; asimismo, todos los jueces nacionales están obligados a aplicar normas internacionales, siempre que protejan (en forma más eficiente) los derechos humanos; e inaplicar aquellas normas generales que contradigan el contenido de los derechos. Parece muy sencillo de entender, pero en la práctica los retos se vuelven de mayor calado debido a que los jueces deben hacer un análisis más profundo de la constitucionalidad de los

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

actos de autoridad, de particulares, así como de la aplicación de las directrices ordenadas en la Constitución: pro persona, pro *natura*, pro *iustitia socialis*, interés superior del menor; a la vez, analizar todo esto bajo el prisma de la progresividad, la interdependencia, la indivisibilidad y la universalidad de los derechos humanos.

Estos nuevos elementos normativos tornan complejo el estudio de las pretensiones en un caso concreto. En primer lugar, porque la mayoría de los análisis provienen del derecho civil, familiar, mercantil y, actualmente (con el ensanchamiento de los derechos de las víctimas), del proceso penal; es decir, de personas frente a otras personas y, en segundo, porque siempre debe buscarse una armonización de los conflictos para que el Estado dé respuesta no sólo a través de los jueces sino de otras acciones estatales. Aquí surge la relación de la cultura constitucional como interacción y reconocimiento social de las leyes, las reformas y los nuevos derechos.

En la implementación de la norma jurídica, cuando se trata de derechos humanos, la clave para el buen funcionamiento es el reconocimiento y aceptación de éstos por los operadores jurídicos. Los jueces y las autoridades que están inmiscuidos en el tema de la protección efectiva se enfrentan a los problemas cotidianos de la justiciabilidad de los derechos civiles, sociales, familiares o porque constantemente es necesario recurrir a la inclusión, estudio e interpretación de las pautas constitucionales. En consecuencia, desde la perspectiva de cultura jurídica nacional e internacional: ¿puede haber derechos cuyo contenido es más importante que otros dentro de un sistema jurídico; es decir, más *fundamentales*?

Se trata de una cuestión muy importante para comenzar a construir un concepto, más que técnico, de utilidad para el trabajo cotidiano de los jueces nacionales. No necesariamente jueces de constitucionalidad sino aquellos que tienen en sus manos la decisión de asuntos relacionados con el ámbito económico: los jueces familiares, penales, laborales, civiles.

Dentro de la cultura constitucional mexicana no existe una comprensión cabal de la categorización de *derechos fundamentales*, en el sentido funcional de la palabra, en relación con las decisiones judiciales. Sin embargo, es necesario reflexionar sobre el tema ya que la visión

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

limitada de la cultura de la "legalidad" debe ser sustituida por categorías más claras. Una posición doctrinal de utilidad al respecto es la que Jacobsohn (2010) denomina *identidad constitucional* y su contenido aspiracional, y subraya que la articulación de la objetividad constitucional no está reservada al ámbito judicial, ni el desarrollo constitucional es responsabilidad única de este poder.

La afirmación de Jacobsohn (2010) es precisa: "por mucho tiempo, hemos creído que la defensa de la constitución o la represión a sus violaciones es una facultad exclusiva del poder judicial, en especial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El riesgo de esta concepción de 'defensa constitucional'" omite el reconocimiento de la responsabilidad de control constitucional (en el sentido político del término) del Poder Ejecutivo como del Legislativo. Ambos, a través de sus acciones, tienen competencia específica y son parte de la arena en que los derechos humanos adquieren una dimensión sistemática[11] y no necesariamente, a través de los conflictos constitucionales. Por ello, se propone una nueva forma de concebir la cultura constitucional, como parámetro de gobernabilidad que impone acciones, límites y directrices a todos los operadores, no sólo a los oficiales, también a los particulares.

Ahora bien, ¿cuál es la finalidad de identificar la conexión entre derechos fundamentales, cultura constitucional y satisfacción de las necesidades humanas? La conexión no es muy obvia, se trata de los valores de la filosofía política de la justicia, de las aspiraciones a una vida institucional destinada a mejorar las capacidades del hombre, las cuales trajo consigo el Estado constitucional como doctrina de *Estado justo*. No se trata de una organización política que regule la función del poder, lo divida y establezca las formas de cambiarlo; el Estado consti-

[11] Basta recordar que el Poder Ejecutivo tiene bajo su mando la Administración Pública que otorga todos los bienes y servicios con los que el ciudadano común interactúa, y que son la base para el disfrute de los derechos de personalidad, privados, sociales, políticos, económicos, de salud. Asimismo, el Poder Legislativo tiene la facultad de formar cuerpos normativos bajo el marco constitucional; uno de los problemas esenciales radica en la falta de revisión y control constitucional al interior del Legislativo, cuya consecuencia más notable es la alta incidencia de leyes anticonstitucionales, y por otra parte, de omisiones que traen como consecuencia el incumplimiento a la Constitución.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

tucional pretende transformar la sociedad bajo una visión antropocéntrica (Häberle, 2001) con bases en una nueva teoría del derecho (Prieto Sanchís, 2003), y conforme a la soberanía del pueblo, la democracia participativa y el poder constituyente popular, como expresiones de la identidad constitucional (Pernice, 2011).

Bajo estas vertientes surge la coyuntura y búsqueda de procesos institucionales para mejorar el disfrute objetivo de los derechos humanos y de aquellos derechos que son *fundamentales* para la continuidad de la vida humana y de la sociedad en que se desarrolla. Para poder entender el desarrollo de la nueva concepción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales es necesario mencionar cuáles son catalogados como esenciales en las constituciones. Con estos datos, al final del trabajo se podrán describir y explicar las líneas jurisprudenciales que están construyendo los tribunales sobre el mínimo vital, como fuente axiológica de los derechos.

II. Articulación empírica de los derechos fundamentales: dogmáticas constitucionales

Los derechos fundamentales, en la concepción de Ferrajoli, tienen una estructura lógica e historiográfica que abarca todos los tipos de derechos atribuibles a sujetos con capacidad de obrar, ciudadanos y entes jurídicos en un contexto determinado. El profesor italiano explica la estructura de los derechos, pero no señala cuáles deben (o pueden) "ser calificados como fundamentales" (Ferrajoli, 2009: 142).

Al carecer de una definición pragmática de los derechos, que en un sistema jurídico pueden ser calificados como "fundamentales", es necesario buscarlos en las normas constitucionales de cada Estado; tomando como punto de partida el consenso relativo a que los derechos fundamentales "coinciden con lo que está sustraído al poder de la decisión democrática. Al menos, al poder de la decisión ordinaria" y que "no son materia de elección decisional" (Bovero, 2009: 237-240); se puede afirmar que se trata de una tipología de derechos que exigen un hacer (de no omitir), y no se dejan al libre arbitrio del gobernante, porque en este caso podría decirse que el poder político tiene un margen de apreciación para decidir a qué tipo de derechos les otorga mayor o

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

menor importancia, financiamiento o desarrollo administrativo. Admitir esta "disponibilidad" sería ir en contra de los postulados del Estado constitucional como modelo de organización que se ocupa de la armonía y el progreso de la sociedad en la que gobierna. Por lo que el primer enfoque para definir qué derechos tienen la cualidad de fundamentales es el análisis de la lexicografía constitucional,[12] que proporciona el ámbito normativo, objeto de este estudio.

En el caso de la Constitución mexicana se encuentran formalmente equiparados, en igualdad normativa, los derechos humanos de los tratados ratificados por México con los derechos humanos y sus garantías previstas para la protección, llámense mecanismos judiciales y no judiciales. Sin embargo, el texto constitucional no tiene una escala de derechos que sirva como punto de partida para determinar su valor preponderante sobre otro tipo de normas constitucionales.

Ahora bien, un derecho fundamental que sirve de base para otros es la dignidad humana que en México está enunciada en diversos preceptos constitucionales, pero no tiene una definición material ni formal. Esto supone una debilidad para su entendimiento en el sistema normativo; a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn, en la mexicana, la dignidad no se describe como un derecho sino que puede ser equiparado como un principio que aglutina y sirve de apoyo a distintos derechos.[13]

[12] Por otra parte, un factor que incide en la exigibilidad de los derechos humanos es la idea que se tiene de Constitución; así como la percepción del control de la regularidad constitucional. Ambas nociones tienen relevancia para aplicar los medios de defensa sobre los derechos humanos, tanto en arenas judiciales como fuera de ellas. Sobre esta concepción tiene que ver si la Constitución se toma como expresión política o norma jurídica. Uno de los paradigmas del constitucionalismo es la materialización normativa y su uso como norma directamente aplicable y vinculante a todo el sistema y a todos los operadores jurídicos, el problema surge cuando el intérprete omite esta cualidad.

[13] Por ejemplo, la Constitución alemana establece en su artículo 1, la dignidad humana como derecho fundamental. En México, el artículo 1 constitucional contiene las vertientes de la dignidad humana como prohibición de todo tipo de discriminación; la dignidad de las mujeres, en el artículo 2; a la educación que contribuya a la dignidad de la persona, en el ordinal 3 y, en el artículo 25 como parte de la rectoría económica del Estado para que dicha actividad propicie la dignidad de los individuos. Véase la tesis 1a. CCCLIV/2014 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Para distinguir la definición lexicográfica, el artículo 1 constitucional reconoce los derechos humanos como metanormas del sistema jurídico. Reconoce los principios bajo los que deben interpretarse y aplicarse, y vincula a todas las autoridades para cumplir con estas prerrogativas y con las garantías previstas. Puede afirmarse que el artículo aludido es el núcleo axiológico de los derechos humanos; que si se trata de supremacía, los derechos humanos están colocados en una escala superior, más allá de la dimensión legal; y que el trato subjetivo no es lo más importante (es decir, la aplicación de los derechos caso por caso, cuando surge alguna controversia), sino el trato objetivo que todos los operadores –políticos, legislativos, económicos– están obligados a respetar, garantizar y dar viabilidad.

En este sentido, el alcance de las resoluciones emitidas por las cortes constitucionales ha generado un rango amplio para juzgar actos de contenido político y económico, teniendo en cuenta el desarrollo de los derechos sin tomar en consideración las concepciones teóricas que se tengan sobre algunas cuestiones consideradas políticas.[14]

Diversas resoluciones apuntan que el ámbito jurisdiccional está rebasando al ámbito del Poder Ejecutivo y Legislativo para fortalecer la vinculación de los derechos constitucionales hacia todos los órganos públicos y privados. Una de las razones de este cambio constitucional es que ante la falta de atención a los problemas generados por el incumplimiento con la Constitución, las cortes se convierten en última instancia para adjudicar derechos. El modelo ideal es que todos los operadores fuesen consecuentes y cumplan con sus obligaciones,

[14] En casos controvertidos que implican el análisis de la moral subjetiva y objetiva; por ejemplo, el aborto y el derecho a la vida, las uniones legales de personas del mismo sexo, cuestiones ante las cuales los tribunales deben dar una respuesta final. Para analizar estos casos se usa el *self restraint* típico del sistema de justicia constitucional norteamericano, junto con la técnica del *judicial review* y el *writ of certiorari* que permite escoger –mediante criterios creados por el propio Tribunal constitucional– las cuestiones sobre las que emitirán algún pronunciamiento. Por otra parte, también se les conoce como cuestiones políticas no justiciables cuya contraparte es el *activismo judicial*, adjetivo que se atribuye a la Corte constitucional de Colombia y a sus sentencias (inclusive llamadas *estructurales*) progresistas que revisan gasto y política pública con mayor frecuencia que otros tribunales.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

por ejemplo, en el caso de los derechos sociales, corresponden al Legislativo crear el marco normativo y, al Ejecutivo, las estructuras para su cumplimiento.

Es notable que ante la falta de un apego constitucional del resto de los poderes públicos, la jurisdicción constitucional ha realizado importantes acercamientos bajo estas perspectivas, para definir cuáles son, es necesario acudir a la dimensión empírica. Consecuentemente, las legislaciones son los lugares en que se hallan los derechos y, el tipo de fuerza y validez que suelen tener dependerá de dicho reconocimiento.

Una Constitución novedosa en este aspecto, que califica ciertos derechos como "fundamentalísimos", es la de Bolivia. Bazán (2012: 21-60) le atribuye a Rojas Tudela, el cómo se llegó a esta denominación y afirma que (durante el proceso constituyente):

> se denominarían "Derechos fundamentalísimos", tratando de recoger la idea de un conjunto de derechos relacionados a la vida y la dignidad del ser humano, haciendo referencia a la vez a la noción de bienes primarios establecida por John Rawls, mientras otras argumentaciones se referían a la teoría de la jerarquía de necesidades elaborada por Maslow y por Max Neff; asimismo, se mencionó en su momento a Amartya Sen y Martha Nussbaum, que siguiendo a Rawls diferencian entre derechos que establecen esta jerarquía de bienes primarios.

Es innegable que el nuevo panorama normativo constitucional americano es producto de las luchas colectivas para reorganizar el poder público con una visión acorde a las peticiones de sectores sociales excluidos. Otro caso relevante es el de Ecuador y la enunciación de los derechos del buen vivir, que reconstruye la visión sociopolítica del Estado como instrumento y no como fin.[15]

[15] La Constitución de Ecuador prevé los derechos del buen vivir en sus artículos 12 a 14 y en el 11 menciona que: "El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

La cualidad expansiva de los derechos fundamentales como categoría constitucional es parte de los nuevos modelos constitucionales en América. Sin embargo, para encontrar los cimientos en que se construye el *fundamento de los derechos* desde la perspectiva judicial,[16] es necesario acudir al sistema constitucional alemán, que mediante interpretaciones objetivas y un control constitucional concentrado sobre normas y actos, ha expresado que: en la aplicación e interpretación constitucional deben prevalecer los principios de intangibilidad, progresividad de los derechos fundamentales y la dignidad humana con una vinculación directa para todos los poderes públicos. La Ley fundamental de Bonn, reconoce en su artículo 1:

> La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

Asimismo, prohíbe la supresión o alteración de las cláusulas pétreas que forman el núcleo intangible del sistema jurídico, en el artículo 79 (3) de la ley fundamental dice: "No está permitida ninguna modificación de la presente ley fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20".

[16] En Colombia se ha formulado la acepción del "estado de cosas inconstitucional" con la siguiente concepción: "El estado de cosas inconstitucional [...] Se trata de una situación compleja que comprende un conjunto de circunstancias que la constituyen, la complican y la agravan. La concepción jurisprudencial sobre el estado de cosas inconstitucional ha evolucionado desde que la Corte Constitucional, lo declaró por primera vez en 1997 (Sentencia T 227/97). La Corte se ha referido por lo menos siete veces al 'estado de cosas inconstitucional'; se trata de varias situaciones distintas, incluso menos graves que la de los desplazados, pero que por su entidad e incidencia han merecido la declaratoria de estado de cosas inconstitucional y han sido objeto de un tratamiento preferencial diverso".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Esta cualidad expansiva[17] de los derechos fundamentales representa una ventaja estructural para el sistema jurídico; consistente en que, ante la ausencia normativa, la Constitución impone su contenido sin ulteriores desarrollos legislativos, por lo que esta cualidad les permite la supervivencia y supremacía sobre cualquier otro ente jurídico y ante cualquier controversia que los cuestione. De la misma manera, evita su derogación mediante alguna reforma constitucional o de cualquier naturaleza, de tal forma que les otorga un blindaje sobre cualquier intento de disminución o cambio que atente contra su contenido.

Enfoques jurisprudenciales: derechos sociales fundamentales y mínimo vital

Bajo estas consideraciones, es posible distinguir que en el ámbito normativo de las constituciones existen directrices para determinar el contenido esencial de los derechos relacionados con la existencia del hombre situado en una sociedad política con ciertos fines. Esta ruta normativa de los derechos fundamentales ha desembocado en varias interpretaciones que realiza el Tribunal Constitucional alemán de diversos derechos de seguridad social, beneficios económicos, derechos de los desempleados, y como principios del sistema de bienestar, que tienen su base en la dignidad humana.

En el *caso Hartz IV* (BVerfG) el Tribunal Constitucional alemán (fallos 1 BVL 1/09, 1 BVL 3/09, 1 BVL 4/09) reconoció obligación del Estado para otorgar subsistencia mínima de acuerdo al telos del Estado de bienestar social previsto en la ley fundamental. La decisión del *caso Hartz IV* sostuvo tres líneas conceptuales en la dogmática constitucional de la dignidad:

i. Que tiene un carácter absoluto para cada individuo. Para vivir con el mínimo vital pero, a su vez, que le facilite la participación

[17] En el constitucionalismo alemán, Böckenförde (1993) define que se trata de la irradiación constitucional que permite la realización del contenido jurídico-objetivo del derecho fundamental en el derecho ordinario, con arreglo a parámetros autoestablecidos; en este sentido, la irradiación es resultado de la eficacia normativa.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

en la vida de la sociedad. (BVerfG Tribunal Constitucional Alemán, fallos 1 BVL 1/09, 1 BVL 3/09, 1 BVL 4/09, *Gründe*, párr. 110.)

ii. Que es un derecho indisponible[18] para la legislatura; por el contrario, es un derecho concreto que puede ser optimizado por este órgano, mediante beneficios económicos y políticos.

iii. La legislatura debe garantizar este mínimo de subsistencia mediante una asignación mensual sujeta a un análisis contable.

Entre estas y otras consideraciones relacionadas con la inclusión social, el Tribunal Constitucional alemán adujo un carácter fundamental de los derechos: "… and ensuring the possibility to maintain inter-human relationships and a minimum of participation in social, cultural and political life, given that humans as persons of necessity exist in social relationships…" (BVerfG Tribunal Constitucional Alemán, fallos 1 BVL 1/09, 1 BVL 3/09, 1 BVL 4/09, *Gründe*, párrafo 135).

El enfoque de la dogmática alemana representa una nueva dimensión de los derechos fundamentales que relaciona el bienestar social, no como retórica legalista sino como actos concretos de las instituciones del Estado para proveer el beneficio económico directo a cada persona o grupo familiar en situación de vulnerabilidad (desempleo de personas en edad de trabajar). Aunque no lo menciona expresamente, el Tribunal alemán realiza un estudio de los derechos y su carácter interdependiente, pues no se valora únicamente un derecho en el caso concreto, sino la complejidad normativa de la seguridad social frente al desempleo.[19]

[18] Esta cualidad ha sido ampliamente descrita como parte de la estructura formal de los derechos fundamentales como derechos inalienables e indisponibles, que no se pueden gravar, erosionar o derogar.

[19] El análisis de todas estas normas se realiza a partir del Código de Seguridad Social: The Second Book of the Code of Social Law in the version of the Act to Ensure Employment and Stability in Germany (Gesetz zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland) of 2 March 2009 (Federal Law Gazette I page 416), in each case in conjunction with § 20.1 of the Second Book of the Code of Social Law in the version of the Act on Development of the Basic Provision for Job-Seekers (Gesetz zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende) of 20 July 2006 (Federal Law Gazette I page 1706), as well as the announcements of the amount of the standard benefit according to § 20.2 and § 20.2 sentence 1 of the Second Book of the

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

De este modo, la emancipación normativa de la dignidad humana proyecta la propia dimensión vivencial de las personas, como una búsqueda de los fines de la justicia constitucional y del Estado.[20] Aunque se dice que el Tribunal alemán no sustentó alguna teoría sobre esta fundamentación de la dignidad,[21] nos parece que la decisión puede encajar en la concepción ontológica y relacional estatal que propone MacCruden (2008: 655-724) ya que afirma que en la adjudicación de derechos las cortes han reconocido una noción ontológica de que existe un valor intrínseco del ser humano, por el solo hecho de serlo; la relacional, bajo la que se afirma que el valor intrínseco debe ser reconocido por otros individuos o grupos, y la concepción relacional estatal, que considera que el valor intrínseco debe ser reconocido por el Estado ya que su existencia se debe al individuo y no al contrario. En este sentido, la decisión de quienes inventaron el Estado de bienestar, reafirma que hay una clara superación de las visiones teóricas sobre la justiciabilidad de derechos socioeconómicos.

Bittner (2011) describe esta relación política entre derechos y Estado, de modo que es una transmisión del poder, en virtud de que en el *caso Hartz* transfiere un derecho socioeconómico de los beneficios del Estado de la esfera de la filosofía moral y los principios que se aspiran de la política. Y afirma que la decisión es un ejemplo de cómo

Code of Social Law of 1 September 2005 (Federal Law Gazette I page 2718), of 20 July 2006 (Federal Law Gazette I page 1702), of 18 June 2007 (Federal Law Gazette I page 1139), of 26 June 2008 (Federal Law Gazette I page 1102) and of 17 June 2009 (Federal Law Gazette I page 1342) are incompatible with Article 1.1 of the Basic Law in conjunction with the principle of the social welfare state contained in Article 20.1 of the Basic Law. Jusdjement. (BVerfG Tribunal Constitucional Alemán, fallos 1 BVL 1/09, 1 BVL 3/09, 1 BVL 4/09, *Hereby Rules*, 1).

[20] A esta fórmula se le ha asignado una cualidad inmutable y eterna. Por ello, la revisión de la ley fundamental tiene límites explícitos, los derechos consagrados en ella no son sujetos de cambio constitucional. Véase, artículo 79.3; Woelk (2011: 166) afirma que este enfoque positivista de la ley básica, que, a través de la dignidad humana y los derechos fundamentales, impone un límite a la revisión constitucional, ya que ambos se consideran la razón del ser de cualquier organización estatal.

[21] De acuerdo con Bittner (2011: 1952): "The Court does not spell out what philosophical theory of human dignity is underpinning its adjudication. It has been a long-standing adjudication that a life in human dignity comprises both the need to interact in society and the need to not be left out".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

conceptualizar y proteger los derechos socioeconómicos, ya que se traduce un aspecto de la dignidad humana en un ejercicio de evaluación estadística y requisitos de procedimiento.

Como se afirma, la aspiración del cumplimiento de los derechos tiene por objeto lograr el bienestar individual y, en consecuencia, el grupal. La decisión muestra que a partir del programa constitucional se puede conformar una política normativa y legislativa que responda a las necesidades vitales de los individuos en diversas escalas; así, la fuerza normativa de la norma fundamental tiene una connotación precisa para proteger la vida humana como un valor de Estado.

Por otra parte, en el *caso Hartz IV* se demuestra que las decisiones sobre los beneficios económicos no están atadas al foro legislativo o al ejecutivo, o bien, a que la inactividad del Poder Legislativo no puede ser un obstáculo para desarrollar las normas constitucionales. De forma precisa, la sentencia muestra que el Legislativo está obligado a actuar en concordancia con los parámetros previstos en la norma fundamental y no actuar en el ámbito de sus atribuciones o bajo concepciones reduccionistas con respecto a la política pública, como tarea exclusiva del Ejecutivo a través de las normas del Legislativo.

Bajo este discurso jurídico, que antepone la fuerza directa de la Constitución germana como guía de emancipación de los derechos fundamentales, éstos adquieren una concepción de goce efectivo, y se despeja la duda de que sí son expectativas. En consecuencia, su fundamentación parte del funcionamiento de la vida humana en sociedad. Indudablemente, la interpretación constitucional no es un problema de terminología sino de voluntad jurídica que se encarna con la fuerza política como fuente de poder de la decisión judicial.

Por lo tanto, el asidero de la concepción realista de los derechos proviene de la Constitución y no necesariamente de las normas infraconstitucionales (que son las que permiten el ejercicio cotidiano de la salud, la vivienda, los servicios públicos). En suma, tanto la función judicial como la del Poder Ejecutivo deben estar en armonía; la función de producción normativa[22] y la Administración Pública deben

[22] Aunque esto no significa que el Poder Legislativo tiene que ser débil frente a los demás, sino armonizar sus propias herramientas de control previo de

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

cumplir el mandato de la Constitución como aparato de gobierno que tiene vida.[23]

Hasta aquí se ha analizado cómo mediante la jurisdicción constitucional se pueden materializar las condiciones normativas para dar prevalencia a la dignidad humana. Aunque no se haya dicho que el *caso Hartz IV* implica una decisión sustentada en cierta filosofía política de la justicia, es un hecho que para el Tribunal alemán no pasa desapercibido el factor de inclusión que viene implícito en la adjudicación de los derechos socioeconómicos. La interpretación en el *caso Hartz* pretende establecer parámetros de igualdad de oportunidades para la inserción individual y grupal a la sociedad, mediante la adopción objetiva de los *derechos fundamentales.*

Por otra parte, la decisión muestra que el Tribunal alemán no restringe su capacidad de juzgar cuestiones que se considerarían políticas y con matices económicos, que en su caso y de forma primaria, corresponden al campo de la función administrativa. Inclusive, mucha de la crítica que ha recibido apunta a que sus sentencias invaden el terreno de la política económica en el plano local y regional.[24]

Del estudio del *caso Hartz* pueden emitirse conclusiones preliminares tendentes a reconocer un giro en la concepción de los dere-

constitucionalidad en la elaboración de leyes. El Tribunal alemán sostuvo: "1. With the benefits to secure one's livelihood as an element of the basic provision for job-seekers regulated in the Second Book of the Code of Social Law, according to the substantive requirements of Article 1.1 of the Basic Law in conjunction with Article 20.1 of the Basic Law the legislature created a subsidiary system of social securing of the subsistence minimum which, as to its objectives, is to do justice to all needs which have to be covered to guarantee an existence that is in line with human dignity". (BVerfG Tribunal Constitucional Alemán, fallos 1 BVL 1/09, 1 BVL 3/09, 1 BVL 4/09, párr. 147).

[23] Esta idea de la constitución viva proviene de la dogmática norteamericana. Entre otras versiones, se define como la facultad de la judicatura federal para dirigirse a un problema social, simplemente porque otros poderes del Estado han fracasado o se ha negado a resolverlo. Estos mismos jueces son aclamados como la voz y la conciencia de la sociedad contemporánea (Renhquis, 2006).

[24] Entre otros dilemas que se han presentado en el constitucionalismo europeo, la política monetaria y de topes de endeudamiento ha sido constantemente modulada por Alemania y la soberanía del parlamento alemán para definir las reglas fiscales y de gasto público en la región. Pernice (2011), Grimm (2009), LB y JHR (2012); aunque, recientemente, se alude a la apertura y diálogo entre los tribunales de Luxemburgo y Karlsruhe (Pliakos y Anagnostaras, 2014).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

chos *vs.* la política: hay una preocupación sobre el destino de los recursos públicos y las necesidades vitales; el Legislativo está obligado a desarrollar mecanismos de protección para mejorar las condiciones de existencia e inclusión social; que la fuerza normativa de la Constitución tiene un alcance que rebasa las construcciones teóricas del constitucionalismo como limitación del poder, para entrar en una etapa en la que los conceptos técnicos sean de utilidad para mejorar la convivencia de la sociedad.

Asimismo, la *fundamentalidad* que acusan los derechos previstos en la Ley Fundamental de Bonn constituyen, en la práctica, prerrogativas para el ulterior desarrollo individual y colectivo. Esta visión objetiva de los derechos es asumida como una posición que busca la distribución equitativa de los bienes esenciales para el hombre, y de cómo estas capacidades pueden desarrollarse con base en los principios constitucionales que los ciudadanos tienen derecho a exigir a sus gobiernos (Nussbaum, 2002: 40).

Sin duda, el ejemplo de constitucionalismo social alemán tiene elementos que favorecen el desarrollo de la sociedad a través de las directrices económicas; esto se debe a la fortaleza de sus derechos fundamentales y a la supremacía de su Constitución. El caso de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de México es parecido, sólo superficialmente, a la concepción del mínimo vital del Tribunal Constitucional alemán. En primera instancia, destaca que se pueden hallar algunas tesis alusivas al Estado como ente regulador de las actividades económicas y, en consecuencia, de los agentes económicos. La tesis señala:

> Existe un ámbito en donde el Estado vigila la desviación de la conducta prescrita jurídicamente no sólo en su calidad de Estado policía o vigilante, sino en su papel de Estado regulador, esto es, en ejercicio de su facultad constitucional de planificación de actividades económicas, sociales y culturales, para la realización de ciertos fines, que no podrían cumplirse si se dejaran al libre intercambio de las personas, a quienes, por tanto, no se les concibe como sujetos pasivos de una potestad coactiva, sino como sujetos participantes y activos de un cierto sector o mercado regulado. Así, esta nota

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

> planificadora o reguladora ha marcado el tránsito de un modelo de estado de derecho, en donde el Estado tenía una función subsidiaria y secundaria para intervenir en caso de una ruptura del orden público, al estado social de derecho, en donde el Estado tiene una función central de rectoría económica, cuyo fundamento se encuentra conjunta y principalmente en los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (SCJN, tesis 1a. CCCXVII/2014, 10a., 2014: 574).

Aunque el tema del Estado regulador tiene que ver con las obligaciones que impone el Estado a los particulares, tiene vinculación estrecha con la apreciación del mínimo vital, como obligación positiva del Estado. La SCJN ha realizado diversas interpretaciones del mínimo vital relacionadas con los derechos socioeconómicos, en la siguiente tesis:[25] "La educación forma parte del derecho al mínimo vital, por lo que, condicionar su otorgamiento al pago de una contraprestación, significaría condicionar las necesidades básicas del individuo, al interés de un particular, lo cual es inadmisible" (SCJN, tesis: 1a. CCCXVII/2014,10a., 2014: 1959). En la tesis citada se vincula a la educación con el derecho a no ser excluido de los servicios escolares cuando se trata de servicios proporcionados por un particular.

El pronunciamiento surgió en el contexto de la práctica común de las primarias, secundarias, preparatorias y universidades que prestan el servicio público de educación, y que en periodo de exámenes excluyen de la evaluación a quienes no han pagado sus cuotas escolares, sin tener en cuenta el perjuicio académico que les ocasionan, también lesionan el derecho sustantivo de los menores (o de los jóvenes) a recibir educación. En este sentido, la interpretación del mínimo vital surge como valor del sistema constitucional que se opone a la mercantilización de los derechos sociales, en este caso de la educación, pues a pesar de que hay un compromiso monetario de por medio, el interés superior de los

[25] Rubro: Servicio de educación. Con independencia del derecho de las instituciones privadas que lo brindan de exigir el pago de la colegiatura correspondiente, éstas no pueden condicionar la aplicación de evaluaciones o exámenes a dicho pago, al formar la educación parte del derecho al mínimo vital.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

menores a recibir educación tiene un valor sistemático que no puede ser derrotado por la mora en el pago de su colegiatura.

En diversa tesis la SCJN, al resolver un amparo en materia fiscal, estableció que el mínimo vital se configura desde distintos aspectos, y que el legislador tiene la obligación de darle un margen de protección y desarrollar lineamientos no sólo en el ámbito tributario y mencionó:

> Si bien esta Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre el derecho de los trabajadores que perciben una suma equivalente al salario mínimo, a que no se les impongan contribuciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 constitucional, no debe perderse de vista que dicho criterio se limitó a discernir sobre los casos en los que los trabajadores no deberían ver mermado su patrimonio con descuentos, sin pretender una proyección de tal criterio a otros rubros de ingreso. En ese sentido, el derecho al mínimo vital no es una prerrogativa exclusiva de la clase trabajadora, ni su contenido se agota al exceptuar de embargo, compensación o descuento al salario mínimo; por el contrario, aquél ejerce una influencia que trasciende ese ámbito y, en lo relativo a la materia tributaria, deriva del artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, los diversos postulados desarrollados por este Tribunal Constitucional en relación con el principio de proporcionalidad tributaria permiten apreciar que el derecho al mínimo vital, desde una óptica tributaria, encuentra sustento en dicho precepto constitucional y tiene una proyección más amplia de la que le correspondería si se encontrara acotado a quienes obtienen ingresos por la prestación de un servicio personal subordinado. Así, el referido derecho se configura como directriz para el legislador, por cuya virtud debe abstenerse de imponer contribuciones a determinados conceptos o ingresos, cuando ello implique dejar a la persona sin medios para subsistir. En consecuencia, como el derecho al mínimo vital en el ámbito tributario encuentra asidero en el citado artículo 31, fracción IV, constitucional, puede precisarse que lo establecido en la fracción VIII del apartado A del artículo 123 de ese ordenamiento fundamental, en el sentido de que el salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento, no es más que

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

> la manifestación de dicho derecho, de proyección más amplia, en la materia laboral y, específicamente, para el caso de los trabajadores que perciben dicho salario.

De la tesis en cita se pueden identificar tres aspectos relevantes:

1. El mínimo vital se invoca para señalar que las cargas tributarias no deben sobrepasar el contenido del salario mínimo; pero que este constructo no se agota al discernir cuestiones relativas a los impuestos y los derechos de los trabajadores.
2. Que el salario constituye una zona en la que el legislador no puede imponer más gravámenes que los que permitan la subsistencia del trabajador.
3. No obstante, no se define en qué consiste este nivel de subsistencia mínima, ni se hace alusión al tipo de condiciones que el legislador debe crear; mucho menos, se reconoce algún contenido económico para que un trabajador cubra sus necesidades vitales (a diferencia de lo que sí determina el Tribunal alemán).

De acuerdo con los puntos señalados, el mínimo vital dentro de la interpretación constitucional mexicana no tiene una textura o un núcleo del que se pueda construir una versión jurisprudencial objetiva y aplicable al sistema constitucional. Máxime que el amparo en alusión (en materia fiscal) tuvo una resolución con efectos restringidos o *inter partes;* que a diferencia del control objetivo del amparo en otros sistemas,[26] cuya decisión sí vincula a todas las autoridades jurisdiccionales; de ahí la diferencia entre amparo como medio de control subjetivo y objetivo: este último tiene alcances que modifican, reparan o configuran un concepto constitucional dentro del sistema legal.

Otra concepción del mínimo vital, que lejos de esclarecer las dificultades para su reconocimiento como tal, es la que lo identifica como un concepto jurídico indeterminado:

[26] Como sería el caso de España, Argentina, Brasil o Estados Unidos, cuyas decisiones tienen mayores alcances.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

> Así, la intersección entre la potestad estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales, en su connotación de interdependientes e indivisibles, fija la determinación de un mínimo **de subsistencia digna y autónoma constitucionalmente protegida, que es el universal para sujetos de la misma clase y con expectativas de progresividad en lo concerniente a prestaciones**. En este orden de ideas, este parámetro constituye el derecho **al** mínimo vital, **el cual** coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda **llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria o de necesidades insatisfechas que limiten sus libertades, de tal manera que este derecho abarca todas las medidas positivas o negativas necesarias para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano**, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Aunado a lo anterior, el mínimo **vital es un concepto jurídico indeterminado que exige confrontar la realidad con los valores y fines de los derechos sociales,** siendo necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, pues a partir de tales elementos, es que su contenido se ve definido, al ser contextualizado con los hechos del caso; por consiguiente, al igual que todos los conceptos jurídicos indeterminados, requiere ser interpretado por el juzgador (SCJN, tesis: I.4o.A.12 K, 10a., 2013: 1345).[27]

Antes de analizar esta tesis, es necesario mencionar que los conceptos jurídicos indeterminados de acuerdo con Alonso Mas (1998: 274) son aquellas nociones expresadas en normas jurídicas que tienen, *a priori*, cierto margen de imprecisión; aunque de acuerdo con Sainz Moreno (citado en Alonso Mas, 1998) la indeterminación radica en la relación hechos-concepto; en este caso el aplicador del derecho (juez) con su labor interpretativa tiene que eliminar el grado de incertidumbre de este tipo de conceptos.

[27] Las negritas son nuestras.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Pero en el caso del mínimo vital parece que no se trata de un concepto jurídico indeterminado; dentro del contexto jurídico mexicano se trata de una construcción jurisprudencial que tiene un contorno bien definido y sustentado en: *subsistencia digna*, *expectativas de progresividad*, *llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria o de necesidades insatisfechas que limiten sus libertades*. Estos conceptos desde luego no son abstractos sino de manifestaciones concretas. No puede decirse que no se conoce o se ignora *a priori*, la satisfacción material que conlleva la existencia digna de un individuo; se refieren a aspectos económicos e ingresos para mantener un nivel de vida digna, de seguridad para el individuo; que cuente con medios de supervivencia, de seguridad psicológica para las funciones vitales; y de las facilidades para la proyección de la vida en sociedad, tanto de la esfera pública como de la privada.

En México, el problema del marco jurídico y jurisprudencial del mínimo vital es una situación compleja. No es sencillo definir las condiciones en que un individuo debe contar con este *mínimo vital*. Por ello, el margen de discrecionalidad del que se valen los jueces constitucionales no construye una definición objetiva de parámetros, que reconozcan el derecho a la existencia digna por medio de acciones positivas del Estado. De las aseveraciones que expone la SCJN se desprende que la implementación del *mínimo vital* requiere de diversas estructuras políticas, económicas, de factores sociales y de la interacción entre particulares e instituciones. Tal vez por este motivo la salida por la que opta la tesis es aludir a que cada juez lo analizará y a partir del caso concreto podrá definir y contextualizar su contenido.

En suma, el *mínimo vital*, visto desde la perspectiva jurisprudencial mexicana, no cuenta con un margen concreto y, efectivamente, se le conceptualiza de forma apriorística como concepto indeterminado. Podemos estar de acuerdo o no con esta construcción jurisprudencial, lo cierto es que no se discute más a fondo el nexo entre *mínimo vital* y las obligaciones del Estado; el trato es muy superficial y gana mucho terreno la discrecionalidad que se le atribuye al legislador, y de ahí la equivocación de llamarle concepto jurídico indeterminado.

El problema de origen es que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) no reconoce un contenido sustancial del *mínimo vital*. Al hablar de la dignidad humana (en los artículos 1, 2,

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

3 y 25) el texto constitucional tampoco le da un valor autónomo. Por esta razón, la jurisprudencia, a pesar de que la reconozca como derecho subjetivo, tiene dificultades para definir un marco preciso en el que enfoque al mínimo vital con la dignidad humana de un modo más claro.

La ventaja de la mención del mínimo vital en la jurisprudencia es que esta fase temprana puede evolucionar hacia un marco de interpretación más amplio. Para ello es necesario mejorar el análisis de teleología normativa con el principio pro persona, establecido en el artículo 1 de la Constitución (CPEUM) y más contextualizado en el artículo 25 que dice:

> Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, **el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.** La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.[28]

A pesar de que se trata de una norma constitucional que orienta la actuación del Estado, no se le ha prestado la atención suficiente; el mínimo vital permanece como una mera apreciación jurisprudencial, como concepto técnico e *indeterminado*. Todo lo contrario sucede con la interpretación que hace el Tribunal Constitucional alemán en el *caso Hartz*, en él entró al fondo de la cuestión y señaló la cuantificación del monto que una persona necesita para vivir. Por ello, la intención de la justicia constitucional mexicana es perceptible, pero muy débil a la hora de señalar las obligaciones del Estado. La diferencia con la acepción alemana es muy notoria: mientras éste se preocupa por la enunciación de un mínimo vital relacionado con los gastos educativos, la inclusión y la satisfacción de las necesidades; la justicia federal mexicana no juzgó las

[28] Las negritas son nuestras.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

prerrogativas o las omisiones del legislador para dar cumplimiento a las obligaciones constitucionales, ni le adjudicó actos u omisiones a los sujetos obligados.

Desde esta perspectiva, depende del enfoque que se le quiera dar y del grado de precisión que se tome para construir un concepto del mínimo vital. Las herramientas normativas de la Constitución son fácilmente identificables, la dificultad sería enlazar de forma sistemática el programa constitucional a través del principio pro persona, para identificar determinadas acciones de Estado en torno a los valores individuales y sociales que faciliten la convivencia pacífica de los grupos sociales. No es un hecho aislado que cuando se cuenta con niveles de disfrute, objetivo de los derechos humanos, no hay necesidad de reclamarlos, pero cuando esto no es posible, los portadores del derecho se lo exigen al sujeto obligado. Aquí viene al caso el tema de la cultura constitucional, a mayor entendimiento, discusión y análisis objetivo de los derechos humanos por parte de los operadores, mayores consensos para crear parámetros que obliguen a las autoridades a crear mecanismos de disfrute objetivo de los derechos socioeconómicos.

Conclusión

En este trabajo se han analizado diversas concepciones de la dignidad humana, algunas de ellas tienen que ver con la interpretación que hacen las cortes constitucionales y el grado de construcción sobre aquellos derechos que resultan *fundamentales*. En la noción de la interdependencia unos derechos dan viabilidad a otros, aunque todos valen lo mismo, en tanto se mantenga un bloque que pueda definirse como base de los que son esenciales para el ser humano. Pero ningún derecho será posible sin el nivel de renta, gasto, ingreso económico o *mínimo vital*.

La clave de los derechos es que funcionan como un todo, un derecho aislado de otro disminuye las capacidades humanas, por ejemplo, ¿qué utilidad tiene la educación o el trabajo de los sentenciados si el sistema penitenciario no los va reinsertar en la sociedad? Parece que el sentido común del derecho nos dicta respuestas claras, pero los problemas de interpretación en un caso concreto son más complejos de lo que parece. Por otro lado, ¿cómo puede ejercerse de

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

manera informada y razonada el derecho al voto si no se cuenta con un nivel mínimo de educación e información?

En consecuencia, la búsqueda de la fundamentalidad de los derechos no puede hallarse dentro de su contenido teórico o meramente normativo, habrá que analizar la sociedad en la que los derechos están dispuestos; el contexto político de su formulación y, en general, la lectura global del modelo de justicia constitucional. De una perspectiva más funcional no se puede afirmar que las fallas de la interpretación judicial del mínimo vital se atribuyan a los jueces como portadores de la verdad jurisprudencial.

Lo que sucede es que los medios de control constitucional cuentan con limitaciones objetivas (especialmente el amparo) que reducen la influencia sistematizada de la decisión a un caso concreto (por ejemplo, el límite que impone Fórmula Otero[29]) y por esta circunstancia procesal, la solución empleada en un caso sólo va beneficiar al quejoso y no puede afirmarse que sirva como una construcción sistemática de doctrina constitucional. Para ello tendría que provenir del amparo contra una norma general, resuelto en segunda ocasión y con mayoría de votos para que se haga la declaratoria general de inconstitucionalidad. Aun así, el camino para juzgar la política económica o las obligaciones positivas del Estado en torno a los derechos socioeconómicos está en construcción.

Para el caso de México, la deficiencia de la aplicación de los derechos socioeconómicos puede suplirse con las normas de origen internacional: el Pacto de San José de Costa Rica y su Protocolo de San Salvador, relativos a los derechos sociales (se basan en los lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales).[30] La influencia normativa y las

[29] Que no permite la declaratoria general de inconstitucionalidad a menos de que trate de un amparo indirecto en revisión por segunda ocasión consecutiva, según lo dispone el artículo 231 de la Ley de Amparo.

[30] Por ejemplo, se afirma en dichos Lineamientos: III. 26. "El monitoreo a efectuar a través del sistema de informes periódicos establecido en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador debe dar cuenta de 'las medidas progresivas que hayan (los Estados) adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos consagrados en el mismo Protocolo'". Más adelante dice: 35. "Una primera categoría es la *recepción del derecho* en el sistema legal, en el aparato

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

directrices del derecho internacional no pueden pasar desapercibidas para la cultura jurídica doméstica. El derecho supranacional sirve para mejorar las herramientas normativas y políticas.

Bazán (2012: 59) sostiene que:

> La incesante evolución del derecho internacional de los derechos humanos diversifica los desafíos que afronta fundamentalmente la magistratura constitucional, entre los que se cuenta la necesidad de conocer y aplicar una multiplicidad de fuentes jurídicas que pueden generar antinomias y exigir esfuerzos argumentativos adicionales.

En palabras de Allard-Tremblay (2015) se trata de argumentar a favor de una concepción de los derechos humanos que se enfrentan a las dificultades asociadas con la abstracción y al pliego de condiciones que se restringen, pero que pueden mejorar la función sistemática del derecho nacional a través de la imperactividad y el pluralismo de los valores fundamentales de la sociedad moderna: igualdad, justicia, libertad y dignidad.

Asimismo, se observa que el modelo alemán es más fuerte en la concepción empírica de los derechos fundamentales e intenta modificar el modo de hacer política social, por medio de la justicia constitucional. Dentro de este marco de reivindicaciones de las necesidades sociales a través de los derechos, diversos entes colectivos mediante las garantías constitucionales exigen el cumplimiento de las obligaciones positivas al Estado; en diversas latitudes, se pueden identificar patrones para reivindicar el acceso a los derechos sociales a través de los medios jurisdiccionales sin pasar por alto el contenido de las políticas públicas. En este sentido, el Estado debe usar todos los recursos a su alcance para cumplir con las metas relativas a los derechos socioeconómicos.

institucional y en las políticas públicas. Se procura alcanzar información relevante sobre la forma en que un derecho incluido en el Protocolo se encuentra incorporado en el sistema normativo doméstico y en las prácticas y políticas públicas. [...] De este modo, el derecho puede ser reconocido en la Constitución, en las leyes, en la jurisprudencia o en los programas o prácticas de gobierno".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Al respecto, los Lineamientos señalan: "Un aspecto relevante para medir las capacidades estatales es la existencia de organismos de control, monitoreo y evaluación de los programas y servicios sociales dentro de la estructura estatal, así como la capacidad del Estado de implementar políticas preventivas contra la corrupción y el uso clientelar de los recursos destinados al área social" (OEA, 2008, III: 40).

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que cada Estado tiene un margen de actuación en torno a los valores que considera más importantes. Esto implica que la delimitación de un esquema de *derechos fundamentales* parte de la necesidad de justificar la existencia de las necesidades sociales básicas. Por ejemplo, en el tipo de sociedades con bajos niveles de acceso a los servicios públicos (como el caso de México). Probablemente en los países desarrollados el debate sobre temas como la dotación de una clínica de salud que preste los servicios elementales de atención médica, o el derecho al agua, sean cuestiones de menor importancia; pero no en estructuras sociales tan disonantes como la mexicana, donde existen núcleos de población excluidos de los servicios. El modelo económico de los últimos 30 años:

> ha provocado que los 60 millones de pobres mexicanos que ganan entre uno y dos salarios diarios día a día reclaman mejores niveles de vida; además ha traído como consecuencia que 40 millones de mexicanos, que viven en pobreza extrema, no obtienen ni un salario para satisfacer sus necesidades mínimas de subsistencia (Figueroa Hernández *et al.*, 2012: 844).

Las reflexiones vertidas en este trabajo ponen en relieve la conjunción de la economía, la política y el derecho: los derechos socioeconómicos distan de ser un tema que tenga soluciones univocas; todo lo contrario, la fundamentalidad de estas prerrogativas está predispuesta por las concepciones que en cada sociedad se desarrollen para mejorar o cambiar lo patrones de acceso a estos derechos. En este caso, las cartas constitucionales son la clave para adecuar la conducta objetiva del Estado hacia la satisfacción de los derechos.

Finalmente, la fundamentalidad es una cualidad extrínseca de los derechos; dependerá de factores exógenos, de la situación social y del

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

medio en que se den las condiciones para que su exigencia sea mayor. En abstracto, no puede definirse una gradación de los derechos que sean más importantes en una sociedad determinada, pero cuando se habla del Estado constitucional como la organización política que busca mejorar los satisfactores humanos en una escala más o menos igualitaria, es indudable que se pretende sean la respuesta a las exigencias sociales. Y es en este punto donde el derecho internacional, la convencionalidad, la vinculación de los derechos de índole supranacional desempeñan un papel pedagógico que debe ser aprovechado por los sistemas nacionales para revertir la precariedad de los derechos socioeconómicos.

Por otro lado, se requiere trabajo conjunto en la esfera pública y privada a fin de coordinar los servicios públicos con garantías de acceso para sectores desfavorecidos. Por ejemplo, la exclusión de la educación está relacionada con la falta de acceso a la vivienda, el agua potable y los servicios públicos mínimos para una existencia libre de condiciones de precariedad. Si se satisfacen estos derechos, no sólo se produce bienestar individual sino que se genera mayor cohesión entre sectores diversos de la población. En este contexto, aunado a los problemas habituales de seguridad, reiteradamente vemos que las regiones que sufren privaciones sociales son focos de inseguridad y violencia.[31] Por tanto, es urgente que dentro del ámbito jurisdiccional se construya una argumentación objetiva en torno al análisis de los derechos que son esenciales para la vida.

Una de las premisas para lograr el objetivo de los derechos constitucionales fundamentales es mejorar el enfoque del mínimo vital; que no es un concepto que se preste a la incertidumbre, máxime que se trata de condiciones precisas para el desarrollo individual que tendrá un efecto en el desarrollo colectivo. Por el momento, la ausencia de un contenido preciso le resta valor objetivo y margina el concepto para que no

[31] Un estudio del Banco Mundial refiere que: Los subsidios de esta vertiente se utilizan exclusivamente en obras o acciones preventivas e integrales, que contribuyan a disminuir la incidencia de la violencia en espacios territoriales definidos, por medio de intervenciones públicas que permitan recuperar la seguridad, elevar el bienestar común, promover la cultura de la paz, impulsar la participación ciudadana y fortalecer la cohesión social. La ejecución de los proyectos se lleva a cabo a través de los municipios" (Banco Mundial, 2012: 62).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

sobrepase la barrera de las tesis jurisprudenciales enunciadas. Sin embargo, la apreciación que se está realizando a través de las interpretaciones del Poder Judicial de la Federación es un indicador positivo para que en un futuro cercano se delimite y se reconozca su cualidad fundamental.

Fuentes de consulta

Bibliografía

Allard-Tremblay, Y. (2015), "Human rights, specification and communities of inquiry", *Global Constitutionalism*, 4 (2), Cambridge, Cambridge University Press, pp. 254-287.

Alonso Mas, M. J. (1998), *La solución justa en las resoluciones administrativas*, Valencia, Universitat de Valencia-Tirant lo Blanch.

Banco Mundial (2012), "La violencia juvenil en México. Reporte de la situación, el marco legal y los programas gubernamentales", http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2012/11/29/000356161_20121129060725/Rendered/PDF/NonAsciiFileName0.pdf, enero de 2016.

Bazán, V. (2012), "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales en la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 21-60.

Bittner, C. (2011), "Casenote-Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgment of 9 February 2010", Special Section: The Hartz IV Case and the German Sozialstaat, *German Journal of Law*, 12 (11), Charlottesville, German Law Journal Inc, pp. 1941-1960.

Böckenförde, E. W. (1993), *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.

Bovero, M. (2009), "Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta", en L. Ferrajoli (2009), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, pp. 215-266.

Castilla Juárez, K. (2013), "¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea, la garantía de los tratados", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, México, UNAM, pp. 51-97.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Ferrajoli, L. (2009), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta.

Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.) (2012), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana y los jueces nacionales*, Querétaro, Fundap.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2011), "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez Mexicano", *Estudios Constitucionales*, 9 (2), Chile, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 531-622.

Figueroa Hernández, E.; O. Ramírez Abarca; J. M. González Elías, F. Pérez Soto, L. E. Espinosa Torres (2012), "Análisis del desempleo, la migración y la pobreza en México", *Revista Mexicana de Agronegocios*, XVI (30), Torreón, Sociedad Mexicana de Administración Agropecuaria A. C., pp. 835-847.

García Ramírez, S. (2011), "El control judicial interno de convencionalidad", IUS. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, V (28), Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, pp. 123-159.

Gatto, A. (2011), *Multinational Enterprises and Human Rights: Obligations under EU and International Law*, London, Edward Elgar.

Grimm, D. (2009), "Defending Sovereign Statehood Against Transforming the European Union into a State", *European Constitutional Law Review*, 5 (3), Cambridge, Cambridge University Press, pp. 353-373.

Häberle, P. (2003), *El estado constitucional*, México, UNAM.

Jacobsohn, J. G. (2010), *Constitutional Identity*, Harvard, Harvard University Press, pp. 103-107.

LB y JHR (2012), "The fiscal compact and the European Constitutions: 'Europe speaking german'", *European Constitutional Law Review*, 8 (1), Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1-7.

MacCruden, Ch. (2008), "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights", *European Journal of International Law*, 19 (4), New York, Academy of European Law online, pp. 655-724.

Nussbaum, M. (2002), *Las mujeres y el desarrollo humano: el enfoque de las capacidades*, Barcelona, Herder.

Nussbaum M. y Sen A. (eds.) (1993), *The Quality of life*, Oxford, Oxford University Press.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Pernice, I. (2011), "Motor or Brake for European Policies? Germany's New Role in the EU after the Lisbon-Judgment of Its Federal Constitutional Court", Humboldt-Universität zu Berlin WHI-Paper 03/11, http://www.whi-berlin.eu/tl_files/documents/whi-paper0311.pdf, febrero de 2016.

Prieto Sanchís, L. (2003), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.

Renhquis, W. H. (2006), "The notion of living constitution", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 29 (2), Harvard, Harvard University Press, pp. 401-415.

Rosario Rodríguez, M. del (2015), "La aplicación de parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 33, México, UNAM, pp. 159-191.

Von Bogdandy, A., Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales, Eduardo Ferrer McGregor (2011), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitucionale commune en América Latina*, México, UNAM.

Wiener, A. y Puetter, U. (2009), "The quality of norms is what actors make of it critical constructivist research on norms", *Journal of International Law and International Relations*, 5 (1), Toronto, University of Toronto, Faculty of Law, pp. 1-16.

Woelk, J. (2011), "Germany", *How constitutions change. A comparative study*, en Carlo Fusaro y Oliver Dawn (eds.), Oregon-Oxford, Hart Publishing, pp. 143-168.

Instrumentos internacionales

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Convención de Viena (1964).

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (1988).

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José" (1969).

Legislación vigente

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Ley Fundamental de la República de Bonn.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Constitución de Ecuador.
Constitución de Colombia.

Resoluciones

Organización de los Estados Americanos

CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), Resolución 7/2016, Medida cautelar, MC 452-13, ampliación de beneficiarios Lauro Baumea Mora y otros respecto de México, 2 de marzo de 2016.

_____ (2008), "Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales", OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14, rev. 1.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Suárez Peralta *vs.* Ecuador, Fondo de Asistencia Legal de víctimas, 14 de septiembre de 2014.

Canales Huapaya y otros *vs.* Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de junio de 2015.

Gonzáles Lluy y Otros *vs.* Ecuador, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 1 de septiembre de 2015.

Tribunal constitucional alemán

Bundesverfassungsgericht (BVerfG) Tribunal Constitucional Alemán, conocido como *caso Hartz IV*, fallos 1 BVL 1/09, 1 BVL 3/09, 1 BVL 4/09, http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/ls20100209_1bvl000109en.html, 5 de mayo de 2015.

Corte Constitucional de Colombia

Acción de Tutela instaurada por Nidia Rosario Chaguendo Palechor contra la Alcaldía Municipal de Fusagasugá, Sentencia T-068/2010, febrero de 2010.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)

SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación), PARÁMETRO CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE SUS SANCIONES, Tesis: 1a. CCCXVII/2014 (10a.), Estado regulador, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, tomo I, septiembre de 2014, p. 574.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación), DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONCEPTO, ALCANCES E INTERPRETACIÓN POR EL JUZGADOR, Tesis: I.4o.A.12 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XVII, tomo 2, febrero de 2013, p. 1345.

SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación), DERECHO AL MÍNIMO VITAL. EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO, TIENE FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Tesis: P.VI/2013 (9a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 1, tomo I, diciembre de 2013, p. 135.

SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación), SERVICIO DE EDUCACIÓN. CON INDEPENDENCIA DEL DERECHO DE LAS INSTITUCIONES PRIVADAS QUE LO BRINDAN DE EXIGIR EL PAGO DE LA COLEGIATURA CORRESPONDIENTE, ÉSTAS NO PUEDEN CONDICIONAR LA APLICACIÓN DE EVALUACIONES O EXÁMENES A DICHO PAGO, AL FORMAR LA EDUCACIÓN PARTE DEL DERECHO AL MÍNIMO VITAL, Tesis: 1a. CCCXVII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 9, tomo III, agosto de 2014, p. 1959.

SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación), DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA, Tesis: 1a. CCCLIV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 11, tomo1, octubre de 2014, p. 602.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

El derecho a la libertad personal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

María Elena Rebato Peño*

Sumario

I. El concepto de libertad personal en el artículo 17 de la Constitución española; II. La detención como privación de libertad constitucional; III. La prisión provisional y IV. Las garantías del Estado democrático de derecho ante las amenazas: suspensión de derechos, terrorismo, seguridad y libertad personal.

Introducción

Resulta innegable que la convergencia de valores jurídicos en la Unión Europea ha modificado y enriquecido la visión de los derechos fundamentales de las cartas constitucionales de los Estados parte. En España,

* Doctora en derecho. Profesora titular de derechos constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha. Coordinadora de los cursos de posgrado para iberoamericanos así como de varios títulos de especialistas y maestrías en la Universidad de Castilla-La Mancha. Profesora invitada para impartir diversos cursos en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y en el Tribunal Federal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en México.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

desde el marco legal hasta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se han adaptado las directrices que favorecen el desarrollo y la maximización de las libertades públicas. Este trabajo muestra que las condiciones normativas y jurisprudenciales del sistema europeo de derechos humanos han favorecido interpretaciones y legislaciones más efectivas cuando se trata de proteger la libertad y la integridad personal.

I. El concepto de libertad personal en el artículo 17 de la Constitución española

La libertad personal es uno de los bienes más preciados del individuo; desde el surgimiento del Estado liberal ésta se define desde una vertiente de no interferencia, es decir, como un derecho que protegería a las personas de injerencias externas que le impidieran llevar a cabo una "actividad permitida". Aunque tal como señala en una temprana sentencia el Tribunal Constitucional español:

> la libertad [...] entraña seguramente la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudiera oponerle. La cláusula del Estado social (art. 1.1), y en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el artículo 9.2. imponen sin duda actuaciones positivas de este género (STC 6/1981 F. J. 5).

Con respecto al concepto de libertad personal que analizaré, es necesario tener en cuenta los conceptos de *autonomía*, *capacidad de actuación* y *libertad de elección*.[1] Todas estas notas se conjugan en el ar-

[1] En este mismo sentido se pronuncia Sánchez (1980: 118) ante una posible definición del concepto de libertad personal, afirma: "la libertad personal significa sustancialmente tres cosas que juegan siempre en toda afirmación cierta de una libertad; exención o independencia o autonomía por la que se constituye una esfera de autonomía privada, de decisión personal o colectiva protegida frente a presiones que puedan determinarla: poder hacer, esto es, capacidad positiva, para llevar a cabo esas decisiones y actuar eficazmente en la vida social: libertad de elección, entre hacer o no hacer, o entre varios haceres posibles".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

tículo 17 de la Constitución española (CE), que consagra como derecho fundamental que toda persona física no sufra injerencias en su ámbito de libertad personal, si aquellas restricciones no se encuentran previstas en las leyes o no cuentan con las garantías que la propia Constitución prevé para su aplicación.

El derecho a la libertad personal que se protege en el artículo 17 de la CE es la libertad física, deambulatoria y libertad corporal; no obstante, no se considera la dimensión intelectual como la libertad de expresión o pensamiento. Se trata, como lo señala el Tribunal Constitucional español (TC), de un derecho a autodeterminar una conducta lícita, a ser autónomo "para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presentan de acuerdo con sus intereses y preferencias" (STC 132/1989). Este es además el derecho que se protege en los distintos apartados del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que será un referente constante para los operadores jurídicos nacionales y en el que se establece que: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad"; asimismo, en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se señala: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".[2]

En lo que respecta a la titularidad del derecho fundamental, ésta se predica en todos los seres humanos con independencia de su nacionalidad por entender que nos encontramos en uno de esos derechos fundamentales directamente vinculados con la dignidad humana. Así lo señaló el Tribunal Constitucional en la STC 107/1984 y más concretamente en la sentencia 115/1987, en relación al internamiento de extranjeros como medida preventiva previa a su expulsión del territorio nacional.

[2] La referencia a la seguridad que argumentan tanto la Constitución española en el artículo 17 como el Convenio Europeo de Derechos Humanos deben entenderse como una alusión a la seguridad física y no a la seguridad jurídica o ciudadana. La seguridad aludida en estos preceptos implica "la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones"(STC 15/1986).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Las personas jurídicas carecen de facultades de movimiento, de la capacidad de deambulación y de personalidad y, por tanto, quedarían excluidas de la titularidad del derecho, es decir, durante la privación de libertad, este derecho a la libertad personal queda suspendido en su ejercicio recuperándose en su totalidad cuando aquélla acaba.

El artículo 17.1 de la CE señala que nadie puede ser privado de su libertad si no es en los casos y en las formas previstas en la ley. Algo semejante ocurre en la redacción del artículo 5.1 del CEDH, en el que textualmente niega que alguien pueda ser privado de libertad "salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley"; en esta disposición, la enumeración de privaciones de libertad permitidas por el Convenio están determinadas con carácter exhaustivo en su texto, cosa que no ocurre en la Constitución española. En relación con las privaciones de libertad "permitidas" lo trataré en el próximo capítulo.

De ambos textos se derivan dos consecuencias muy claras: la primera es la necesidad de determinación legal de todas las privaciones de libertad y, la segunda, advierte que toda afectación de la libertad personal no amparada legalmente será ilícita. Aunque a éstas hay que añadir una tercera referente al caso del ordenamiento jurídico español, esa reserva de ley debe revestir el carácter de orgánica. Tal como lo señala el TC en la sentencia 140/1986 "las normas penales suponen un desarrollo del derecho a la libertad" y, por tanto, todas aquellas normas que establezcan penas privativas de libertad deben tener este carácter.[3] Así se reitera posteriormente en la STC 160/1986 en la que declara inconstitucional el precepto 7.1 de la Ley 40/1979 de Régimen Jurídico de Control de Cambios que establece penas privativas de libertad y que carece del carácter de orgánica.

[3] "El derecho a la libertad del art. 17.1 es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo en los casos y en la forma previstos en la ley; en una ley que por el hecho de fijar las condiciones de tal privación es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido, el Código Penal y en general las normas penales son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 de la CE, en cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de orgánicas" (STC 160/1986).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Tanto en los textos nacionales como en los internacionales se refleja la necesidad de dejar en manos del legislador (orgánico en el caso español) la determinación de las limitaciones al derecho de libertad en forma de privaciones; alejando así al Poder Ejecutivo de posibles tentaciones en ese sentido y otorgando a la persona la seguridad jurídica de no afectación salvo en los supuestos tasados. Lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), entre otros, en el *Caso Riera Blume* y *otros contra España*, del 14 de octubre de 1999, en el que ante el internamiento confirmado judicialmente de personas mayores de edad para someterlos a un tratamiento psicológico de "desprogramación" tras haber sido liberados de una secta; declara que se ha producido una violación del artículo 5.1 del CEDH, ya que esta modalidad de privación de libertad que duró 10 días no estaba prevista legalmente en el ordenamiento jurídico español.[4]

El desarrollo legal del artículo 17 de la CE se lleva a cabo fundamentalmente por la Ley Orgánica de protección de Seguridad Ciudadana 4/2015, del 30 de marzo; la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LeCrim), recientemente modificada por la Ley Orgánica 13/2015, del 5 de octubre, y la Ley Orgánica 6/1984 del 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*. En el caso de suspensión del derecho de libertad personal y de algunas de sus garantías (ya que el derecho a instar el procedimiento de *habeas corpus* no puede nunca suspenderse), habrá que remitirse a la Ley Orgánica 4/1981 de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.

Pero la reserva legal no es un "cheque en blanco" para el legislador, sino que únicamente podrán contemplarse privaciones de libertad en la ley, atendiendo a los principios de proporcionalidad y necesariedad. La limitación de la libertad personal debe ser la última medida a adoptar y no la regla general ante cualquier infracción penal o administrativa. El Tribunal Constitucional en la sentencia 178/1985, exige "una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la res-

[4] En esta misma línea la sentencia del TEDH *Medvedyev contra Francia* del 10 de julio de 2008, en los que se tiene privados de libertad a los tripulantes de un barco en sus camarotes durante 13 días bajo la custodia de militares franceses, cuando esta privación de libertad no se encuentra expresamente prevista en la legislación aplicable al caso.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

tricción de esta libertad, de modo que se excluyan –aun previstas en la Ley– privaciones de libertad que no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación".[5]

II. La detención como privación de libertad constitucional

Las privaciones de libertad del ordenamiento jurídico

Como todo derecho fundamental, el derecho a la libertad personal puede sufrir limitaciones. Sin embargo, éstas deben estar expresamente previstas por el legislador, respetar el contenido esencial del derecho, ser proporcionales y encontrarse contempladas en el listado exhaustivo de privaciones de libertad dispuesto en el artículo 5 del CEDH, que será el marco comparado de referencia.

Nuestra Constitución únicamente prevé de forma expresa dos situaciones privativas de libertad previas a la condena: la detención y la prisión provisional. No ocurre lo mismo con el artículo 5 del Convenio que de manera taxativa y detallada enumera todas las privaciones de libertad posibles, éstas son reformuladas por Banacloche (1996: 113) en seis, concretamente:

- "Detención o internamiento vinculadas a un proceso pendiente", que se corresponderá con los supuestos contemplados en el artículo 5.1 *b)*, primer párrafo, y 5.1 *c)*.
- "Detención o internamiento vinculados a un proceso que ha terminado con una sentencia condenatoria"; artículo 5.1 *a)*.
- "Detención o internamiento para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley"; artículo 5.1 *b)*, segundo párrafo.

[5] En el mismo sentido la STC 341/1993 señala qué casos pueden motivar una privación de libertad: "en modo alguno supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo [...]. La ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

- "Detención o internamiento de menores, con objeto de vigilar su educación o hacerle comparecer ante la autoridad competente"; artículo 5.1 *d)*.
- "Detención o internamiento vinculados a la policía de fronteras"; artículo 5.1 *f)*.
- "Internamiento de sujetos socialmente inadaptados o peligrosos"; artículo 5.1 *e)*.

El legislador nacional y los legisladores de los países firmantes del Convenio no podrán establecer cualquier supuesto de privación de libertad, sino solamente aquellos que estén insertos en las previsiones del artículo 5.1 del CEDH, interpretados siempre de forma restrictiva.[6]

La detención y sus garantías

El apartado segundo del artículo 17 de la CE hace referencia a la detención preventiva y más concretamente al límite temporal de la misma, sin que se contemple una definición de la figura.

El concepto de detención puede ser diferente en función del carácter más o menos estricto que demos al mismo. Del tenor literal del artículo 17.2 de la CE deriva sin embargo una descripción de esta figura privativa de libertad, vinculada estrechamente con la idea de una privación de libertad de carácter temporal para la puesta a disposición judicial del individuo. No se trata por tanto de una detención por orden judicial, sino de una medida llevada a cabo por los particulares o por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en los supuestos digamos básicos, para aprehender al "sospechoso" en el caso de comisión de un

[6] *Caso Engel y otros* (sentencia del TEDH de 8 de junio de 1976). "... la lista de privaciones de libertad que enumera revisten un carácter exhaustivo como testimonian las palabras salvo en los siguientes casos" (párrafo 57); y el *Caso Irlanda contra el Reino Unido* (sentencia del TEDH de 18 de enero de 1978) "En su apartado primero, el artículo 5 enumera los casos en los que el Convenio permite que se prive a alguien de su libertad salvo lo dispuesto en el artículo 15 –y sin perjuicio del artículo 1 del Protocolo número 4 ratificado por el Reino Unido–, la lista tiene naturaleza limitada que se desprende de las palabras 'salvo en los casos siguientes' y que confirma el artículo 17" (párrafo 194); entre otros.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

delito (intento, ejecución, huida); fuga de un establecimiento penal o rebeldía, con la finalidad de ponerlo posteriormente a disposición del juez. Esto sin perjuicio de algunas particularidades que pueden producirse en el caso de la detención de menores o extranjeros.

Límite temporal de la detención

El párrafo 2 del artículo 17 prescribe: "La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición judicial".

De la lectura del precepto constitucional puede concluirse que se consagran dos plazos de la detención, uno relativo y otro de ellos absoluto; el primero es el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, el segundo, el plazo máximo absoluto que será de setenta y dos horas, salvo en los casos que veremos a continuación de detención por causa de terrorismo o en los supuestos de excepción y sitio.

Para que la detención sea inconstitucional no será necesario superar este plazo máximo de setenta y dos horas, sino que bastará con que se supere el tiempo mínimo imprescindible; que será también el presupuesto habilitante para la interposición de un procedimiento de *habeas corpus*.[7] Esto se declara expresamente en la STC 224/1998, así como en la STC 288/2000, entre otras, cuando se afirma que la vulneración del artículo 17.2 CE:

> no sólo se produce por rebasar el plazo máximo absoluto [...], sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo absoluto, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de

[7] Es lo que ocurre, entre otras, en la STC 95/2012, cuando la detención policial se prolonga más allá del tiempo mínimo imprescindible sin sobrepasar el plazo inexorable de las 72 horas, incluso cuando el detenido ya ha manifestado su intención de no declarar en sede policial.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

> los hechos, y sin embargo no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial.[8]

Uno de los problemas que plantea el plazo relativo es determinar cuándo se han realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. En nuestra opinión y dado que la fase instructora del proceso no comienza con la detención sino con posterioridad, entendemos que las averiguaciones a las que se refiere la Constitución española no son todas las necesarias para la investigación del presunto hecho delictivo, sino únicamente aquellas que requieren inmediatez en su práctica o la presencia del detenido en comisaría. Para la realización de estas actuaciones no deberían ocuparse más de 24 o 48 horas, como ocurre en derecho comparado,[9] siendo excesivo a nuestro entender el plazo máximo de detención preventiva previsto por el constituyente español.

En lo que respecta al plazo máximo éste es improrrogable, salvo en el supuesto de detención por causa de terrorismo que puede ampliarse 48 horas más o con motivo de la declaración del estado de excepción y sitio que puede prolongarse hasta diez días. El plazo máximo de setenta y dos horas rige incluso en el caso de que se produzca una detención en alta mar y no sea posible llegar a puerto antes de la finalización de las mismas. Así se puso de manifiesto en la STC 21/1997 con motivo del abordaje del buque "Archangelos" y posterior detención de las personas que integraban la tripulación del buque como presuntos responsables de comercio ilícito. La llegada a puerto superó las 72 horas previstas como plazo detentivo máximo, más allá de las cuales correspondería a un órgano judicial la decisión sobre mantenimiento o no de la limitación de la libertad.

[8] En este sentido también la STC 250/2006 advierte: "Puedan calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal que la norma constitucional no consiente".

[9] Veinticuatro horas en Bélgica (artículo 12 Constitución belga) y Alemania (artículo 104.3 de la Ley Fundamental de Bonn) y 48 horas en Italia (artículo 13 Constitución italiana).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

No obstante, el Tribunal Constitucional entiende que pese a que la privación de libertad excedió del plazo previsto constitucionalmente, la detención no devino inconstitucional porque estuvo bajo control judicial por radio desde el primer momento. En la actualidad el vacío legal existente en materia de detenciones en buques o aeronaves ha quedado cubierto por la introducción en la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del artículo 520 ter que prevé la puesta a disposición del detenido por medios telemáticos cuando no sea posible hacerlo físicamente en los plazos previstos:

> A los detenidos en espacios marinos por la presunta comisión de los delitos contemplados en el artículo 23.4. d) de la Ley Orgánica 6/1985 del 1 de julio del Poder Judicial, les serán aplicados los derechos reconocidos en el presente capítulo en la medida que resulten compatibles con los medios personales y materiales existentes a bordo del buque o aeronave que practique la detención, debiendo ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial competente tan pronto como sea posible, sin que pueda exceder del plazo máximo de setenta y dos horas. La puesta a disposición judicial podrá realizarse por los medios telemáticos de que disponga el buque o aeronave, cuando por razón de la distancia o situación de aislamiento no sea posible llevar a los detenidos a presencia física de la autoridad judicial dentro del indicado plazo.

El plazo de la privación de libertad debe estar determinado con la mayor precisión posible en la ley que lo prevea. La ambigüedad en la determinación del plazo temporal que pueda ocasionar una duración excesiva o desproporcionada, en relación al hecho presuntamente cometido, estará vulnerando esta garantía temporal. Así lo declaró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Caso Vasileva contra Dinamarca* del 25 de septiembre de 2003, referente a la conducción a dependencias policiales a efectos de identificación. Pese a que esta privación de libertad se encontraba expresamente contemplada en la normativa nacional y en el propio artículo 5.1. *b)* del CEDH, la ausencia de determinación del plazo para la misma tuvo como consecuencia que la demandante estuviera detenida a efectos de identificación más de 13 horas en comisaria, después de una discusión con un conductor de autobu-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

ses que entendía que su título de transporte no era válido. El Tribunal entiende que estamos ante una privación de libertad con una duración desproporcionada, si atendemos tanto al hecho que lo motiva como a la posibilidad de que la policía hubiera adoptado otras medidas para reducir la presencia en dependencias policiales de la señora Vasileva.

Pero, ¿cuáles son los plazos previstos para la detención preventiva en los textos internacionales y en concreto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos? El Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos se limita a manifestar, en su artículo 5.3, que toda persona detenida preventivamente deberá ser conducida sin dilación (*promptly* o *aussittôt*, en la redacción de los textos originales)[10] a presencia del juez, sin fijar para ello un plazo determinado:

> Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1. c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer los poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.

No hay pues una traducción de la duración de la situación privativa de libertad en un número determinado de días u horas, ya el Tribunal en el *Caso Stögmuller contra Austria* del 10 de noviembre de 1969, señala la imposibilidad de hacerlo (párrafo 77); sino que únicamente puede hablarse de una exigencia de poner al detenido a disposición judicial en el plazo más breve posible. Más allá de ese requerimiento de brevedad, la jurisprudencia del TEDH apenas nos ofrece un criterio orientativo bastante flexible en función de las circunstancias que rodeen la situación. Así, unos periodos de detención de 6, 7, 11 e incluso 15 días sin poner a los detenidos en presencia judicial no son acordes con la brevedad del Convenio, mientras que uno de 4 o

[10] Los votos particulares de la sentencia del TEDH del 29 de noviembre de 1988 en el *Caso Brogan y otros*. Consideran que el término francés significa "inmediatamente"; mientras que el vocablo utilizado en lengua inglesa otorga mayor flexibilidad.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

5 días en supuestos tan especiales como la hospitalización del detenido, sí lo son (*Caso de Jong, Baljet Van den Brink contra Holanda*, del 22 de mayo de 1984 y *Caso MacGoff contra Suecia* del 26 de octubre de 1984).

En términos generales puede afirmarse que los plazos de detención preventiva señalados en la Constitución española y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal respetan la exigencia de brevedad para la puesta a disposición judicial del Convenio, tanto en el caso del plazo mínimo relativo –tiempo mínimo imprescindible para la realización de las averiguaciones básicas para el esclarecimiento de los hechos y que puede alcanzar cierta flexibilidad en función de las circunstancias del caso–, como en el del límite máximo infranqueable (salvo en supuestos de terrorismo y de declaración del estado de excepción y de sitio) de las 72 horas.[11]

Los derechos del detenido

La Constitución española en su artículo 17 no sólo establece una reserva legal y un plazo temporal para determinadas privaciones de libertad, sino también contempla determinadas garantías para el detenido, tanto en su párrafo tercero, que reproducimos a continuación, como en su apartado cuarto en el que reconoce el derecho a instar el procedimiento de *habeas corpus:* "Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca".

Esta enumeración de derechos se complementa con lo previsto en el artículo 520 de la LeCrim, que reitera los derechos constitucionales que asisten al detenido e incluye otros que veremos más adelante. Obviamente estos derechos están dirigidos a evitar la indefensión del detenido, quien en el momento de su detención se encuentra en una clara situación de inferioridad que debe subsanarse con la comunicación inmediata de aquellos.

[11] Un estudio detallado de la polémica doctrinal en relación al plazo puede encontrarse en Rebato Peño, M. E. (2006).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

La detención deberá llevarse a cabo, tal como lo señala el artículo 520.1 de la LeCrim, "en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio"; añadiéndose en la reciente reforma de este texto legal en 2015 una obligación extra para aquellos que ordenen o participen en la detención de salvaguardar el derecho al honor, intimidad e imagen de los detenidos.[12] El legislador ha tratado de evitar la denominada, por algún sector doctrinal y también por los medios de comunicación, "pena de telediario". Es decir, que la imagen del detenido, así como otros aspectos estrechamente relacionados con su derecho al honor o a la intimidad no provoquen una condena anticipada en la sociedad tras su exhibición en los medios de comunicación. No obstante, la defensa de estos derechos fundamentales deberá llevarse a cabo de forma que se respete la libertad de información, es decir, realizando una adecuada ponderación entre los derechos del artículo 18 de la CE y el derecho a la libertad de información.

La detención constituye ineluctablemente un momento intrínsecamente violento emocionalmente y, en algunas ocasiones, físicamente, por lo que en esta situación parece inadecuado enumerar todos los derechos que asisten al detenido. Esto no obsta para que de forma inmediata, en el mismo momento de su detención se le comuniquen básicamente aquellos derechos que impidan la indefensión del detenido, y cuya importancia sea mayor entre las garantías que le asisten.

De la redacción de la Constitución y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal únicamente podemos extraer la conclusión de que el detenido debe inmediatamente ser informado, de modo que le sean comprensibles las razones de su detención y de los hechos que se le atribuyen, así como de los derechos que le asisten. Tal como se señaló, la violencia del momento no aconseja la enumeración de todos y cada uno de los mismos, pero sí de los más relevantes, que entendemos po-

[12] "La detención y la prisión provisional deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona reputación y patrimonio. **Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquellos, con respecto al derecho fundamental a la libertad de información** (las negras fueron añadidas por la Ley Orgánica 13/2015)…".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

drían ser el derecho a ser informado de las razones de su detención de forma comprensible y los que denominamos "derechos declaratorios", es decir, el derecho a no declarar y a no confesarse culpable. El resto de derechos podrán comunicársele una vez que su situación sea estable.

El derecho a ser informado de las razones de su detención y de los derechos que le asisten

El artículo 17.3 de la CE prevé que toda persona detenida debe ser informada de las razones fácticas y jurídicas, añadimos nosotros, de su detención. Tal y como señala el TEDH en el *Caso John Murray contra Reino Unido*, del 28 de octubre de 1994, el derecho a ser informado de las razones de su detención es "una garantía elemental: toda persona detenida debe saber por qué". Esta garantía constitucional, que también se contempla en el artículo 5.2 del CEDH, puede modularse en función de las circunstancias del caso, permitiendo que la información que se ofrece al inicio de la detención sea más o menos detallada.

La información que deberá ser proporcionada tan pronto como sea posible o en el más breve plazo, siguiendo la terminología del Convenio, debe hacer referencia a las razones fácticas y jurídicas de su privación de libertad para que pueda discutirse la legalidad de la misma. Deben comunicársele los hechos que se le imputan, las razones por las cuales se le cree responsable de esos hechos y los preceptos legales por los que los hechos sean delictivos y en los que se apoya la detención. Esta información inicialmente suministrada no vincula al juez y puede ser modificada posteriormente, sin que esto signifique que pueda ofrecerse al detenido una razón falsa para conducirle a la comisaría y una vez allí comunicarle los motivos reales de su detención.[13]

[13] Así lo señala el TEDH en el *Caso Conka contra Bélgica* del 5 de febrero de 2002, en el que se declara que se ha producido una vulneración del artículo 5.1. *f)* del Convenio en una detención con fines de expulsión, pero revestida como una simple detención para completar los papeles de asilo. El engaño de las autoridades belgas llevando a comisaría a los demandantes de origen eslovaco para explicar los motivos de su solicitud de asilo, y decretando inmediatamente la detención preventiva supone una vulneración del derecho de los demandantes a no ser privados de libertad si no es en los casos y en las formas previstas en el Convenio, que en este caso no fueron respetados. No obstante,

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Toda esta información deberá ofrecerse al privado de libertad en una lengua que le sea accesible y comprensible, lo que implica que se le provea de intérprete, según establece el artículo 520 *e)* de la LeCrim; cuando se trate de un extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate; si es menor habrá de utilizarse un léxico adecuado a su edad; si se trata de un sordomudo se le designará un intérprete; si no sabe leer y escribir y si conociera la lectura y escritura se le comunicarán todos los derechos y diligencias por escrito.

De forma bastante peligrosa en nuestra opinión, el TEDH ha minimizado la exigencia de informar los motivos de la detención a los privados de libertad en supuestos de terrorismo. Así, en el *Caso Fox, Campbell y Hartley contra Reino Unido*, del 30 de agosto de 1990, indica que una persona privada de libertad no tiene necesariamente que ser expresamente informada de los motivos de su detención, si esta información puede inferirse de otras circunstancias, por ejemplo, de los interrogatorios a los que se les ha sometido:

> En el momento en que la policía les detuvo se limitó a comunicarles que lo hacía con arreglo al artículo 11 de la Ley de 1978 por considerarles sospechosos de terrorismo. Esta mera indicación del

el TEDH entiende que no se ha producido vulneración de su derecho a ser informado de las razones de su detención, puesto que una vez en comisaría se les notifica que han sido detenidos con base en la Ley de Extranjería Nacional para prevenir su posible huida para evitar su expulsión del territorio nacional. Algo parecido había sido abordado por la Corte Suprema americana en 1973; según García Morillo (1995: 116-117): en el asunto R v Inwood, cuando el señor Inwood fue voluntariamente a comisaría para ser entrevistado y una vez allí se le registró y tomaron las huellas sin que en ningún momento se le informara de que estaba bajo arresto, motivo por el cual intentó abandonar la comisaría con el consiguiente problema con las fuerzas policiales que se lo impidieron. La Corte absolverá al demandante bajo el argumento de que debe quedar claro que el sujeto está detenido y en este caso, el Tribunal considera que este extremo no había sido probado "Depende de las circunstancias de cada caso particular si en efecto ha quedado claro que un hombre ha sido arrestado [...] Ninguna fórmula será válida para todos los casos y es posible que deban seguirse diferentes procedimientos dependiendo de la edad de las personas, su origen étnico, su conocimiento del inglés, su capacidad intelectual y sus condiciones físicas y mentales. No hay fórmula mágica, sólo la obligación de dejar claro al sospechoso que ya no es un hombre libre".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

> fundamento legal de la medida no cumplía las exigencias del artículo 5.2 y el Gobierno así lo reconoce. Sin embargo posteriormente la policía interrogó a cada demandante sobre su presunta participación en acciones delictivas concretas y su supuesta pertenencia a organizaciones prohibidas. Nada hace pensar que no pudieran comprender de esta manera los motivos de su privación de libertad. Por consiguiente se les dijo durante los interrogatorios por qué se les consideraba sospechosos de terrorismo.

La misma línea doctrinal continúa en el *Caso John Murray contra Reino Unido*, del 28 de octubre de 1994, o en el *Caso Dikme contra Turquía*, del 21 de julio de 2000. En esta última sentencia vuelve a manifestarse que los detenidos podían deducir los motivos de su privación de libertad. En concreto en los párrafos 54 y ss. el Tribunal señala expresamente que el demandante sabía por qué se le condujo a comisaría después de mostrar unos papeles falsos en un control policial de identidad y cuando en los interrogatorios policiales posteriores se le había vuelto a preguntar por su identidad y su pertenencia al grupo armado Dev Sol. Por tanto, el TEDH concluye que el detenido debería inferir que estaba detenido por ser sospechoso de pertenecer a ese grupo terrorista.

En mi opinión, esta línea jurisprudencial europea se aparta de la tendencia garantista seguida hasta el momento por este Tribunal. No se puede hacer depender de la destreza mental o incluso perspicacia del privado de libertad el conocimiento de las razones de su privación, que es condición básica para, entre otras garantías, impugnar la legalidad de la misma. Todo esto, además de no olvidar que la detención se produce siempre en unas circunstancias no de violencia física sino psicológica en las que los detenidos no se encuentran en plenas facultades cognoscitivas. Por ello y teniendo en cuenta que suministrar la información detallada de los aspectos básicos, incluso a presuntos terroristas, no perjudica otros bienes o valores; creo que esta línea jurisprudencial debía reconducirse.

Evidentemente, el derecho a que la información sea proporcionada en forma que le sea comprensible lleva implícito el derecho de los extranjeros a ser asistidos gratuitamente por un intérprete, reconocido expresamente en el artículo 520. *e)* de la LeCrim.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

En principio este derecho se circunscribía únicamente a los detenidos de nacionalidad extranjera, pero tras recurrirse el precepto ante el Tribunal Constitucional, éste en la STC 74/1987 interpreta que la nueva redacción del apartado 2. *e)* del artículo 520 de la LeCrim, realizada por la Ley 14/1983, era simplemente una deficiencia legislativa, que únicamente podría considerarse inconstitucional si se interpretaba en sentido excluyente, es decir, negando el derecho a intérprete al español que no entienda el castellano, pues esto "supondría una flagrante discriminación prohibida por el art. 14 de la Constitución". Se extiende por tanto esta garantía a españoles que desconozcan el castellano, ya que se trata de un derecho que deriva directamente de la Constitución y que no exige, aunque sería conveniente, un desarrollo legislativo para su ejercicio.

La segunda parte del derecho a ser informado de las razones de su detención es conocer los derechos que le asisten como detenidos, en virtud del artículo 17.3 de la Constitución española y 520 de la LeCrim, y en el que básicamente pueden distinguirse otros dos bloques: el primero estaría formado por dos derechos o garantías declaratorias, es decir, el derecho a no declarar y a no confesarse culpable, que tienen mención constitucional; el segundo estaría constituido por otros derechos que sólo se contemplan a nivel legal, como el derecho a comunicar la detención o el derecho al reconocimiento médico forense. Estos últimos serán examinados en un apartado diferente por razones de sistematicidad.

La Constitución en su artículo 17.3 reconoce expresamente que el detenido no podrá ser obligado a declarar. La LeCrim desarrollará en el artículo 520.2, párrafos *a)* y *b)* este genérico derecho al silencio y detallará el contenido de las garantías declaratorias; incluyendo el derecho a guardar silencio, bien absoluto o relativo, ante determinadas preguntas y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Estos derechos no se contemplan de manera expresa ni en la legislación comparada europea ni tampoco en los textos internacionales, pese a lo cual el propio TEDH señala en el *Caso John Murray contra el Reino Unido*, del 8 de febrero de 1996:

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

> aunque el artículo 6 del Convenio no lo menciona específicamente, no hay ninguna duda de que el derecho a no hablar durante un interrogatorio de la policía y el derecho a no condenarse a sí mismo son unas normas internacionales que están reconocidas de manera general, que están en el centro de la noción de un juicio justo consagrada por el artículo 6.

El detenido tendrá derecho a guardar silencio absoluto o relativo, sin que del mismo se extraigan ningún tipo de consecuencias para quien ejerce el mismo. Así se manifiesta en el *Caso Funke contra Francia*, del 25 de febrero de 1993, *Caso John Murray contra Reino Unido*, del 8 de febrero de 1996, de las que hace eco el Tribunal Constitucional en las SSTC 161/1997, Tol. 80.785 y 202/2000. También tiene derecho a no declarar ni ante la policía ni ante el juez de instrucción o, por el contrario, a manifestar que sólo lo hará ante este último o sólo ante la policía.

Derecho a la asistencia letrada

El artículo 17.3 de la CE reconoce el derecho del detenido a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales en los términos que la ley establezca; el texto constitucional se remite a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y más concretamente al artículo 520, que ha sufrido una profunda reforma tras la Ley Orgánica 13/2015. La misma ha traspuesto al ordenamiento español la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia letrada en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad, así como a comunicarse con terceros y autoridades consulares durante la privación de libertad.

La nueva regulación de este derecho ha sido favorable al contenido esencial del mismo y ha fortalecido más el derecho de defensa de los detenidos en la línea de lo previsto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para los acusados. En efecto, el artículo 5 del CEDH, relativo a las detenciones y otras privaciones de libertad, no contempla este derecho para los detenidos, al igual que no lo hacen la

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

gran mayoría de ordenamientos comparados, relegando la figura de la asistencia letrada al momento en que existe una acusación formal. El detenido no está aún acusado de nada y por tanto quedaría fuera de esta protección, que a mi modo de ver, es sumamente ventajosa.

Del desarrollo legal del artículo 17.3 de la CE se extraen varias consecuencias. En primer lugar, que la asistencia letrada al detenido es irrenunciable, salvo en un supuesto en concreto, es decir, cuando el detenido lo sea por un delito contra la seguridad en el tráfico y, segunda, que esta asistencia letrada, salvo en supuestos de incomunicación, podrá llevarse a cabo por un abogado de libre elección o, por el contrario, designársele uno de oficio.

Desde la aprobación de la Constitución española de 1978, se ha diferenciado claramente entre el derecho a la asistencia letrada del detenido (artículo 17.3 de la CE) y el derecho de defensa al acusado (artículo 24.2 de la CE). El desarrollo legal que se realizó de la asistencia letrada previa a la acusación fue, en nuestra opinión y hasta el momento de la reforma mencionada del 2015, totalmente desfavorable al propio ejercicio del derecho, ya que redujo la figura del letrado a "un mero convidado de piedra" (Rebato, 2006: 214). La limitación del derecho se produjo *ex lege* y nunca por mandato constitucional que únicamente diferenció nominalmente la figura del letrado en razón de la etapa procesal en la que actuara.

En la importante sentencia 196/1987, el Tribunal Constitucional marcaba claramente una línea totalmente opuesta a la que nosotros defendemos, que estamos ante un mismo derecho –el derecho de defensa– aunque en dos momentos distintos. La sentencia mantiene:

> mientras que la asistencia letrada al detenido tiende a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio.

La asistencia letrada al acusado tiende sobre todo a asegurar el derecho de defensa, la contradicción de las partes en el proceso y a ofrecer un asesoramiento técnico que no se da en la situación del detenido.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

La consecuencia directa de lo anterior es constitucionalizar la decisión del legislador de limitar el derecho a la asistencia letrada de los detenidos incomunicados (artículo 527.1. *a)* de la LeCrim), que únicamente podían ser asistidos por un abogado de oficio, con quien no podrán entrevistarse de forma reservada.

El Tribunal Constitucional había previamente señalado, que si bien la libre elección del abogado forma parte del contenido normal del derecho a la asistencia letrada, no integra sin embargo su contenido esencial (STC 47/1986). Mientras el contenido esencial del derecho no puede ser sometido a "limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección"; el contenido normal del derecho puede ser restringido por el legislador si "las limitaciones al contenido normal de los derechos fundamentales que vengan justificados en la protección de otros bienes constitucionales y que sean proporcionales a la misma, que sobrepase su contenido esencial".

Por tanto, el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada sería la efectividad de la defensa, que se vería satisfecho tanto por el abogado de oficio como por el de libre designación.[14] El artículo 520.6 de la LeCrim en su redacción anterior limita la labor del letrado a cuatro actuaciones fundamentalmente: 1. Solicitar que se informe al detenido de los derechos que le asisten; 2. Asistencia a las diligencias policiales y judiciales de declaración y reconocimiento de identidad; 3. Solicitar terminada la declaración, la ampliación o aclaración de los aspectos que considere convenientes; y 4. Entrevistarse reservadamente con el detenido tras la declaración, salvo en los supuestos de incomunicación. Básicamente, el letrado adoptaba una postura pasiva que se limitaba a garantizar que los derechos del detenido no fueran conculcados.

[14] No opinan lo mismo los magistrados Begue Cantón, Latorre Segura y Leguina Villa en los Votos Particulares a la STC 196/1987, en los que manifestaban que pese a que la defensa del detenido no conlleva la complejidad de la del acusado, no puede afirmarse "que la asistencia técnica, el apoyo moral y la ayuda profesional en los primeros momentos o días de la detención puedan lograrse de igual o equivalente modo por el abogado que goza de la confianza del detenido –y por ello lo nombra libremente– que por quien le resulta desconocido y ha sido designado sin su intervención y de modo aleatorio para él".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Las críticas de un sector doctrinal –entre el que nos encontramos–, a esta minusvaloración de la figura del abogado en comisaría, las quejas de los Colegios de Abogados, unidas a la aprobación de la Directiva Europea 2013/48, han ido abonando a la reforma legislativa en este punto que ha incorporado como principales novedades las siguientes:

- El reconocimiento del derecho a entrevistarse reservadamente con el detenido antes incluso de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial.
- En los casos de lejanía geográfica del abogado, se facilitará la comunicación por vía telefónica o videoconferencia con su defendido, salvo que esto sea imposible.
- Se permite al letrado participar en las diligencias de reconstrucción de los hechos en las que participe el detenido.
- El abogado puede informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación del consentimiento para la realización de determinadas diligencias.
- Se reconoce expresamente la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y detenido, salvo algunas excepciones previstas en la propia ley.
- Se agiliza la presencia del letrado en dependencias policiales, reduciendo el plazo anterior de ocho horas desde la comunicación al Colegio de Abogados a las tres horas actuales.

El derecho a instar el procedimiento de habeas corpus

Los constituyentes cierran el artículo dedicado al derecho a la libertad personal, contemplando un procedimiento denominado de *habeas corpus* que tiene como principal y exclusiva finalidad "la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente", y que será regulado mediante ley tal como lo manifiesta el artículo 17.4 de la CE.

Este procedimiento, cuyo origen se encuentra en el *writ de habeas corpus* inglés, será desarrollado legalmente por la Ley Órgánica 6/1984, del 24 de mayo, y queda definido por la Exposición de Motivos "como una comparecencia del detenido ante el Juez [...] y que permite

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

al ciudadano, privado de libertad, exponer sus alegaciones contra las causas de la detención o las condiciones de la misma, al objeto de que el juez resuelva, en definitiva, sobre la conformidad a Derecho de la detención". Se configura así como un mecanismo de protección que el constituyente previó para el derecho de libertad personal específicamente, y que de manera complementaria sirve también para salvaguardar otros derechos fundamentales, como el derecho a la integridad física o psíquica del detenido, ya que este procedimiento puede hacer cesar cualquier trato contrario a su dignidad o integridad que pueda estar sufriendo.

Es un procedimiento ágil, antiformalista (lo cual se traduce en la posibilidad de comparecencia verbal o escrita y en la innecesariedad de abogado y procurador) y extraordinariamente rápido, cuya única finalidad es poner a disposición judicial al privado de libertad que alega ilegalidad en su situación y que el juez decida únicamente sobre la continuidad o no de esa privación de libertad.

Antes de entrar en detalle en la regulación del procedimiento es necesario señalar que esta garantía del *habeas corpus* no se ha desarrollado por igual en todos los países en los que se encuentra reconocida con este nombre[15] y que en líneas generales el procedimiento español es más limitado que el que se ha implantado en algunos países de América Latina, por ejemplo en Perú, el objeto del *habeas corpus* es de los más amplios que se contemplan, incluso dentro de las legislaciones de su propio continente, ya que permite apelar al mismo en el caso de torturas, desapariciones o similares.

El *habeas corpus* es un procedimiento de cognición limitada que ha de estar fundada en la existencia de una detención o privación de libertad de un ciudadano, cometida bien sea por los funcionarios de la autoridad gubernativa, o bien, por los particulares; siendo indiferente

[15] En algunos países se ha cambiado el *nomen iuris* de este derecho, por ejemplo en Honduras, El Salvador o Guatemala donde se habla de Recurso de Exhibición Personal, o en Chile donde se conoce como recurso de amparo que protege la libertad personal. En México no existe propiamente *habeas corpus*, aunque gran parte de la doctrina considera que esta institución está intrínsecamente contemplada en lo que Fix-Zamudio llama "amparo-libertad" o "amparo-*habeas corpus*".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

la calificación jurídica de la misma (detención, retención, intervención personal, sanción disciplinaria), pues como ha dicho el TC:

> no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad, en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita, queden sustraída a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean" (STC 98/1986).

También se incluyen entre estas situaciones que pueden dar origen a una petición de *habeas corpus*, los internamientos ilícitos en cualquier establecimiento o lugar.

Estas privaciones de libertad que menciona el artículo 1 de la Ley Orgánica 6/1984, tienen que producirse sin haber mediado la intervención judicial. Así lo señala nuestro Alto Tribunal en la STC 194/2001 "Ahora bien, el que elige el procedimiento de *habeas corpus* ha de saber, [...] que se trata de que un Juez del orden jurisdiccional penal o de la jurisdicción militar examine, aunque sea de manera interina, la legalidad de una privación de libertad NO acordada por órganos judiciales".[16] Un amplio sector doctrinal, entre el que no nos encontramos, avala la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional y no contempla las privaciones de libertad de origen judicial como situación de hecho que pueda dar origen a un *habeas corpus*; mientras que otro critica su exclusión o no inserción en el cuerpo de la ley.[17]

En mi opinión, las privaciones de libertad de origen judicial, por ejemplo, el caso de la detención judicial de los artículos 494, 497

[16] También entre otros el Auto 316/1996 establece: "La jurisprudencia mantiene que la Ley española no establece habeas corpus respecto de privaciones de libertad acordadas por autoridades judiciales, atendiendo al tenor de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo. Por lo que el Juzgado de Instrucción núm. 16, en funciones de guardia el pasado 9 de julio, actuó conforme a Derecho al negarse a controlar la legalidad de la detención del actor, ordenada por el Juzgado núm.10 en ejercicio de la competencia que le reconoce el artículo 26.2 de la Ley de Extranjería, de acuerdo con el artículo 17 CE" (SSTC 115/1987 y 144/1990).

[17] En este mismo sentido López Muñoz (1992).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

y ss. de la LeCrim, o los internamientos que, como veremos, llevan implícita una resolución judicial e incluso la prisión provisional, son situaciones a veces y en determinadas circunstancias, incluibles en los casos mencionados en el artículo 1 de la Ley Orgánica Habeas Corpus (LOHC), siempre y cuando no se tenga acceso a un recurso o procedimiento judicial específico donde poder alegar esa vulneración de la libertad personal, que no tiene por qué ser menos eficaz o garantista que el propio *habeas corpus*. Esta postura, además, estaría más en la línea del artículo 5.4 del CEDH, que si bien no menciona el término *habeas corpus*, sí hace referencia al derecho que tiene todo privado de libertad (sin que se mencione que tenga que tratarse de una privación de libertad no judicial) para "presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal".

Las privaciones de libertad que motiven una solicitud de *habeas corpus* deben ser **ciertas**. El procedimiento de *habeas corpus* únicamente podrá instarse cuando el sujeto está en ese mismo momento privado de libertad. No cabe la utilización de este procedimiento garantista en privaciones de libertad futuras, por muy seguras que éstas puedan ser; ya que no podemos olvidar que la finalidad del procedimiento de *habeas corpus* no es otro que poner a disposición judicial al privado de libertad. Si el sujeto que insta o para el que se solicita el *habeas corpus* no está aún privado de libertad, aquel pierde inevitablemente su sentido.[18]

[18] En la regulación del procedimiento de *Habeas Corpus* en Estados Unidos, se combina esta exigencia de privación de libertad actual y futura y se señala que si bien las personas que buscan la protección del *habeas corpus* deben estar privados de libertad; cuando la futura restricción de libertad es suficientemente segura (por ejemplo, cuando existe una condena en otra jurisdicción, pero la orden de prisión aún no haya sido ejecutada), los tribunales procederán a examinar la legalidad de esta privación. Esta línea se pone de manifiesto en el *Caso Peyton vs. Rowe* (1968), en el que Rowe estaba cumpliendo una sentencia de treinta años por violación y se enfrentaría a otra de veinte años por rapto. En él, la Corte Suprema americana mantuvo que un prisionero podrá impugnar a través del procedimiento de *habeas corpus* la segunda de las sentencias consecutivas de encarcelamiento, mientras que permanece cumpliendo la primera y antes de que la segunda haya comenzado. Con este pronunciamiento el Tribunal Supremo americano acentúa la naturaleza flexible del mandamiento de *habeas corpus* y se aparta así del *habeas corpus* anglosajón, que nunca fue utilizado para detenciones futuras.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

El artículo 3 de la LOHC realiza una enumeración amplia, aunque no exhaustiva, de los sujetos que se encuentran legitimados para la interposición de este procedimiento. Básicamente se contemplan dos tipos de legitimados: de oficio por el propio juez de instrucción, o bien, a instancia de parte, ya sea por el privado de libertad o por aquellos familiares y parientes cercanos al mismo (cónyuge, pareja, descendientes, ascendientes, hermanos), o por el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo.

Pese al gran número de legitimados para iniciar el procedimiento, paradójicamente no hay mención expresa al abogado del detenido, ya que la legitimación por representación sólo está prevista para el caso de menores e incapacitados. Esta laguna legal ha sido afortunadamente cubierta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que con motivo de la interposición de sendos Recursos de Amparo, que alegaban violación del derecho a la libertad personal, entre otras razones, por la inadmisión del procedimiento de *habeas corpus* por falta de legitimación activa, al ser solicitado por el letrado de los privados de libertad; admite la legitimación de éste, por actuar en nombre y representación de su detenido, en las sentencias 55/1996 y 224/1998.

Hubiera sido altamente recomendable, tal y como ocurre en el *habeas corpus* anglosajón, que el legislador orgánico hubiese incluido la figura del conviviente que no tiene ni relación de parentesco con el detenido ni tampoco es su cónyuge o pareja. Sería el caso de aquel que comparte piso, por ejemplo, con un compañero de estudios o trabajo.

Creemos que lo más favorable a la eficacia del derecho contemplado en el artículo 17.4 de la CE sería optar por una fórmula más amplia de legitimados, incluyendo al letrado y al conviviente e incluso las asociaciones en pro de los derechos humanos, pero sin llegar a la universalidad que podría colapsar el procedimiento y poner en peligro la efectividad y celeridad del mismo.

La autoridad judicial competente para conocer del procedimiento de *habeas corpus* es tal como señala el artículo 2 de la Ley Orgánica de Habeas Corpus, el juez de instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad. Si éste no consta, es competente el juez

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

de instrucción del lugar donde se haya producido la detención, y en su defecto, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido.

En el caso de detenciones relacionadas con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, la competencia corresponde a los Juzgados Centrales de Instrucción dependientes de la Audiencia Nacional; y en el supuesto de *Habeas Corpus* en el ámbito de la Administración militar, al Juez Togado Militar.

Una vez iniciado el procedimiento por los legitimados ante el órgano correspondiente y de forma previa a la admisión a trámite del mismo, el juez de instrucción deberá examinar la concurrencia de los requisitos para su tramitación (artículo 6 de la LOHC) y acto seguido trasladar dicha solicitud al Ministerio Fiscal, si éste no ha sido el que ha iniciado el procedimiento de *habeas corpus*.

El juez únicamente deberá comprobar si se respetan los requisitos procesales y relativos a su competencia, los requisitos formales del procedimiento, la capacidad de las partes y que exista realmente el fundamento del procedimiento de *habeas corpus*; es decir, si existe o no una privación de libertad, pero no deberá examinar el fondo de la cuestión. De este modo no va a caber un rechazo liminar a tramitar el procedimiento, salvo en el caso:

> que esté debidamente fundado [...] pero debe reducirse a los supuestos en que se incumplan los requisitos formales –tanto los presupuestos procesales como los elementos formales- que prevé el art. 4 de la Ley. Y al respecto cabe recordar que expresamente hemos admitido el rechazo liminar en supuestos de falta de competencia [...], así como en los casos en que no existía privación de libertad [...]. Sin embargo, existiendo una situación de privación de libertad, hemos mantenido que el enjuiciamiento de la legalidad de sus circunstancias ha de realizarse en el fondo, examinando dichas circunstancias (STC 232/1999. FJ 4º).[19]

[19] Sobre este mismo tema, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional: 1/1995, 25/1995, 26/1995, 21/1996, 232/1999, 208/2000 y 287/2000.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

El juicio sobre la legalidad o no de la privación de libertad deberá hacerse no en el trámite de admisibilidad sino en el juicio de fondo, posterior a la comparecencia y audiencia del interesado.[20] Así lo sigue manteniendo el Tribunal Constitucional en la reciente sentencia 42/2015, en la que se reitera la necesidad de continuar con la jurisprudencia constitucional actual, hasta el punto de que el frecuente desconocimiento e incumplimiento de la misma dota a estas peticiones de amparo de trascendencia constitucional suficiente para admitir y estimar el amparo.

El trámite de incoación del procedimiento debe reducirse en aras a la sencillez del procedimiento, a un mero elemento del iter que nos conduce ante el juez y que sólo en supuestos de incompetencia manifiesta del juez ante el que se presenta la solicitud de *habeas corpus* (SSTC 44/1991; 106/1992 y 25/1995); ante la inexistencia a simple vista de una privación de libertad (STC 62/1995); o en supuestos de demandas donde falten los presupuestos exigidos por el artículo 4 de la LOHC, puede inadmitirse.

Admitido a trámite el procedimiento de *habeas corpus*, el juez ordenará a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada

[20] Ésta ha sido hasta el momento la línea jurisprudencial seguida por nuestro Tribunal Constitucional, si bien ha de mencionarse la existencia de sendos votos particulares de los magistrados Garrido Falla y Manuel Giménez de Parga a las sentencias 263/2000 y 287/2000, respectivamente. En ambas sentencias se consideran inconstitucionales los Autos de inadmisión del procedimiento de *habeas corpus*, sobre la base de que en éstos se anticipó la respuesta sobre el fondo en el trámite mismo de admisión, sin dar ocasión alguna al recurrente de comparecer y formular alegaciones y proponer, en su caso, los medios de prueba pertinentes al efecto de sostener su posición. Los Votos Particulares discrepan de esta consolidada línea doctrinal y estiman constitucionalmente admisible el auto denegatorio de incoación del procedimiento de *habeas corpus* por cuestiones de fondo, cuando dicha cuestión sea la inexistencia de una privación ilegal de libertad o esta resultara infundada. Así, se afirma que "la tesis de la mayoría olvida que el propio artículo 4 de la LOHC contempla como uno de los presupuestos de admisibilidad de la demanda de *habeas corpus* la cita del 'motivo concreto por el que se solicita'. Si ese motivo no es mencionado o si, en caso contrario, resulta manifiestamente infundado, la demanda puede y debe ser inadmitida, según el artículo 6 LOHC [...]. No entenderlo así es tanto como convertir al Juez que conoce de esta garantía institucional en un Juez que revise la legalidad de la sanción disciplinaria, con grave hipertrofia del ámbito natural del *habeas corpus*" (287/2000, VP, 4).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

de libertad, que la ponga de manifiesto ante él, sin pretexto ni demora o se constituirá en el lugar donde aquélla se encuentre (artículo 7 de la LOHC).

Puesto el detenido en presencia judicial o personado el juez en el lugar de detención, a continuación el juez oirá a la persona privada de libertad o, en su caso, a su representante legal y abogado, al ministerio fiscal y a la autoridad bajo cuya custodia se encuentre.

Practicadas las pruebas pertinentes, el juez, en función del resultado de las mismas y de la causa de ilegalidad de la privación de libertad alegada, en el plazo de 24 horas desde el Auto de incoación del procedimiento, dictará Auto motivado estimatorio o desestimatorio de la pretensión del recurrente. En el caso de que tenga carácter estimatorio, el juez puede ordenar el restablecimiento pleno del derecho a la libertad personal del privado de libertad; mantener su situación pero en condiciones distintas, o bien, ordenar su puesta inmediata a disposición judicial.

Hasta aquí la referencia a los principales derechos del detenido que tienen mención constitucional. Nos ocuparemos ahora, aunque muy brevemente, de otros derechos que sólo se recogen en el desarrollo legal de este precepto, aunque no por ello tienen menor importancia.

Otros derechos del detenido

El derecho a comunicar la detención ha sido otro de los derechos afectados favorablemente por la reciente reforma de la LeCrim en 2015. Inicialmente se preveía únicamente que el detenido, salvo que estuviera en situación de incomunicación, notificara el hecho de la detención y de su lugar de custodia. Todo ello sin perjuicio de comunicarlo a las Oficinas Consulares en el caso de que se tratase de un extranjero.

En la actualidad se sigue manteniendo el derecho del detenido, salvo incomunicación, de poner en conocimiento del familiar o persona que se desee, no tanto el hecho de la detención (como se preveía en la redacción anterior de la LeCrim); sino de la privación de libertad en sí y el lugar de custodia; pero se añade a continuación un párrafo en el que se contempla el derecho a comunicar telefónicamente con un tercero de su libre elección, sin demora y con la presencia de un funcionario policial o el fiscal, salvo en el supuesto de incomunicación.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Si el detenido fuese extranjero, se comunicará además al cónsul de su país el lugar de su privación de libertad y se le permitirá su comunicación con él (artículo 520.3 de la LeCrim). Y si fuera menor, se comunicará a quienes ejercieran la patria potestad, tutela o custodia, además de ponerse a disposición de las secciones de menores. En caso de conflicto de intereses con las personas que tengan la patria potestad, tutela o custodia, se le nombrará al menor un defensor judicial, a quien también se informará del hecho y lugar de la detención (artículo 520.4 de la LeCrim).

Este derecho, pese a su no previsión en la Constitución española ni en los tratados internacionales sobre derechos humanos, adquiere una gran importancia sobre todo a la hora de hacer efectiva una de las garantías principales del privado de libertad, como es la posibilidad de instar el procedimiento de *habeas corpus*. El sistema español de legitimados para instar el procedimiento de *habeas corpus*, tal y como hemos visto, no contempla una legitimación universal, aunque ésta es bastante amplia y por tanto es relevante el hecho de conocer tanto la propia privación de libertad, como el lugar donde se encuentra bajo custodia. Si nadie conoce la detención, sólo el propio privado de libertad o el juez podrían iniciar el procedimiento.

Al igual que en el caso anterior nos encontramos con una garantía del detenido que únicamente se prevé a nivel legal y no desde el origen de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino que fue incluida a raíz de la nueva redacción del artículo 520 por parte de la Ley 14/1983, el derecho al reconocimiento forense. En la actualidad se encuentra prevista en el artículo 520.1. *i)* de la LeCrim.

Este derecho, del que puede hacerse uso tantas veces como se solicite, tiene como finalidad inmediata reflejar el estado físico y psíquico del detenido y se revela de suma importancia, tanto para el propio privado de libertad –pues supone una protección de su propia integridad física y psíquica–, como para aquellos funcionarios policiales que le custodian y que pueden ser acusados injustamente de un delito de torturas o tratos inhumanos o degradantes. En el caso de que el detenido estuviera sometido a incomunicación, este reconocimiento médico se efectuaría con una frecuencia de al menos dos reconocimientos cada 24 horas (artículo 527.3 de la LeCrim).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

III. La prisión provisional

Como señalábamos al inicio de esta investigación, la prisión preventiva es la única forma privativa de libertad, que junto con la detención, recibe lineamientos directos del propio texto constitucional. Bien es cierto que en el caso de la prisión provisional, el constituyente se limita a remitirse al legislador para que sea éste quien determine el plazo máximo de su duración.

La prisión provisional es una medida cautelar a la que es sometido el acusado de un delito durante el tiempo que dura la tramitación del proceso, cuando el juez de instrucción ha considerado improcedente ponerle en libertad hasta la celebración del juicio. La regla general debe ser, tal y como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Caso Smirnova contra Rusia*, del 24 de julio de 2003, que una persona acusada de un delito sea puesta en libertad a la espera de la celebración del juicio, a menos que pueda demostrarse que hay pruebas pertinentes y suficientes que justificarían la continuidad de la privación de libertad.

Esta medida cautelar excepcional debe ser adoptada por la autoridad judicial y su duración, y las formas en que procede deben ser expresamente establecidas por la ley por exigencia del propio artículo 17.1 de la CE. Esta regulación legal, que se lleva a cabo en los artículos 520 y ss. de la LeCrim sigue las pautas que derivan de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 5.3 CEDH, que aunque no habla explícitamente de prisión provisional, establece que toda persona detenida preventivamente tiene derecho a ser juzgada o puesta en libertad en un plazo razonable.

Sólo por tanto en los supuestos legales y para garantizar otros fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida como: evitar el riesgo de fuga y de que el acusado no comparezca en el juicio (*Caso Stögmuller contra Austria*, del 10 de noviembre de 1969); la obstrucción del proceso mediante la adopción de medidas que perjudiquen a la administración de justicia (*Caso Wemhoff contra Alemania*, del 27 de junio de 1968), o de cometer nuevos delitos (*Caso Maztzener contra Austria*, del 10 de noviembre de 1969, apdo. 9), puede decretarse la misma.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Tanto la adopción de la medida, como la prolongación de la misma deben llevarse a cabo por una resolución judicial motivada en la que se exprese cuál es el presupuesto de la medida y el fin perseguido (SSTC 37/1996 y 22/2004, entre otras). No basta para admitir la imposición de la misma, argumentar que la gravedad del delito y su elevada pena, por ejemplo, acreditarían el riesgo de fuga, sino "que además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con la que se le amenaza, deben tomarse en consideración las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado" (STC 66/2008, FJ 4), tales como el arraigo personal, social y profesional o los medios económicos de que dispone.

Ha desaparecido de la actual regulación *la alarma social* como causa motivadora de la prisión provisional. El Tribunal Constitucional en la importante sentencia 47/2000 en la que la prisión provisional del recurrente se fundamentaba exclusivamente en la alarma social, ha señalado que esta medida privativa de libertad con base únicamente en esta causa "presupone un juicio previo de antijuricidad y de culpabilidad" que no corresponden en este momento del proceso y que por tanto vulnera el derecho a la libertad personal del individuo que la sufre.

En lo que respecta al plazo máximo de duración de esta medida, nada dice la Constitución sobre el mismo, ateniéndonos por tanto a lo previsto en el artículo 504 de la LeCrim, que en la actualidad fija como plazo máximo dos años prorrogables por otros dos. Todo ello sin perjuicio de que en caso de que el encausado sea condenado, la duración de la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena, si ésta se recurre. El plazo previsto por el legislador no puede ser contrario al principio de proporcionalidad y por tanto deberá modularlo, en función de la gravedad del delito (*Caso Neumister contra Austria*, del 27 de junio de 1968).

En cualquier caso, los plazos indicados son únicamente plazos máximos improrrogables, ya que la medida cautelar durará lo estrictamente necesario para alcanzar los fines que justificaron su adopción. El mantenimiento de la prisión preventiva una vez que se ha superado el plazo establecido, sin que sea prorrogada o puesto en libertad el individuo, supone una vulneración del derecho a la libertad y seguridad (Sentencia del TEDH *Bojinov versus Bulgaria*, del 28 de octubre de 2004).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Concluimos por tanto en este punto afirmando la excepcionalidad de la medida, hasta el punto de que algún sector doctrinal como Álvarez y Queralt (2005: 198) aboga porque fuera casi prácticamente sustituida "por el arresto domiciliario, que debería convertirse en la reina de las medidas cautelares y en la gran alternativa a la prisión preventiva", lo cual sería menos lesivo para la presunción de inocencia y alteraría menos la estructura vital del afectado y provocaría "menores efectos desocializadores".

IV. Las garantías del Estado democrático de derecho ante las amenazas: suspensión de derechos, terrorismo, seguridad y libertad personal

El actual Estado de derecho tiene que hacer frente a amenazas que alteran gravemente el orden público e incluso a atentados terroristas, cuyas características suponen un reto para las tradicionales garantías constitucionales del Estado. Éste entonces acaba convirtiéndose en lo que Huster *et al.* (2010: 20) llama el "Estado preventivo", para el que cualquier ciudadano constituye un riesgo y que a veces se ve obligado a actuar afectando los derechos y libertades de sus propios ciudadanos, por ejemplo, el derecho a la libertad para evitar males mayores.

El Estado es responsable de la seguridad de sus ciudadanos, pero los instrumentos que utiliza para salvaguardar la misma limitan o restringen el derecho a la libertad de éstos. Piénsese por ejemplo en los cacheos y registros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para prevenir la comisión de delitos, o los cada vez más molestos controles a los viajeros en los aeropuertos. Parecería que en estos casos el Estado está primando el derecho a la seguridad sobre el derecho a la libertad personal. Pero el equilibrio en el binomio libertad-seguridad, en ningún momento debería cuestionarse ni hablarse de tensión entre ambos conceptos, puesto que, como afirma García (1995: 84), "ambas son la misma cosa" y lo único que habría que garantizar es el equilibrio "entre las facultades conferidas para garantizar la libertad y la seguridad y los mecanismos de protección contra la utilización arbitraria de estas facultades".

Para hacer frente a estas amenazas en el ordenamiento jurídico español se contempla expresamente en el artículo 55 la figura de la

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Suspensión de Derechos, como una garantía del propio ordenamiento constitucional y del Estado de derecho. Dentro del artículo 55 se distingue claramente entre una suspensión de derechos colectiva para el supuesto de declaración del estado de excepción y de sitio (artículo 55.1 de la CE), y de una suspensión individualizada (artículo 55.2 CE) para personas relacionadas con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Veamos detenidamente estas dos figuras únicamente en lo relativo a la afectación al derecho a la libertad personal que estamos analizando.

La suspensión de la libertad personal con motivo de la declaración del estado de excepción y de sitio

Con la declaración del estado de excepción y de sitio rige lo que la doctrina ha denominado el "derecho de excepción", el cual es estrictamente transitorio en el que se refuerzan los poderes del Ejecutivo y que es aplicable únicamente durante la situación de crisis con la finalidad de la superación de la misma. Será el legislador orgánico quien se encargue de regular estas situaciones excepcionales surgiendo de este modo la Ley Órganica 4/1981, del 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Una de las primeras consecuencias que se pueden producir durante la vigencia de los estados excepcionales, es la limitación o suspensión de los derechos si así se establece en la declaración del estado de excepción y de sitio. Aunque como hemos señalado únicamente nos referiremos al derecho a la libertad personal y su suspensión.

Durante la declaración del estado de alarma, con motivo de una situación de catástrofe natural o tecnológica (artículo 4 de la LO 4/1981), la policía podrá imponer restricciones a la libertad ambulatoria, impidiendo el acceso a cualquier persona o vehículo a un determinado lugar e incluso retenerle por el tiempo imprescindible y siempre con la única finalidad de evitar una alteración mayor de la que se está produciendo, o facilitar el restablecimiento de la situación de normalidad. No hay pues suspensión del derecho a la libertad personal, sino una pequeña limitación o afectación del mismo.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

En el caso de la declaración del estado de excepción:

> Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fueran insuficientes para restablecerlo y mantenerlo... (artículo 13.1 de la Ley Órganica 4/1981).

Puede suspender la garantía temporal prevista en el artículo 17.2 CE y por tanto el plazo máximo de 72 horas para la detención ordinaria. Dicha suspensión se va a desarrollar en la Ley Órganica 4/1981, que introduce dos modificaciones con respecto a la regulación general del derecho a la libertad personal, a saber:

1. Aumenta el plazo máximo de detención sin puesta a disposición judicial, que pasa de las setenta y dos horas previstas constitucionalmente a los diez días, si bien la detención habrá de comunicarse al juez en el plazo de veinticuatro horas (artículo 16, Ley Órganica 4/1981).
2. Frente a la detención ordinaria por "motivos racionalmente bastantes" (artículo 492.4 de la LeCrim), la Ley Órganica 4/1981 posibilita a las autoridades gubernativas la detención cuando "existan fundadas sospechas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público" (artículo 16, 1º y 2º, Ley Órganica 4/1981).

Freixes (1993: 165) considera que la posibilidad de detener por sospechas y no por hechos:

> constituye una auténtica suspensión del derecho, puesto que la privación de libertad no queda afectada por actos contrarios a la ley sino de sospechas o presunciones olvidando que la Constitución establece como única presunción la de inocencia y que las situaciones excepcionales no legitiman regulaciones anticonstitucionales.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

En el *Caso Fox, Campbell* y *Hartley contra Reino Unido*, del 30 de agosto de 1990, el TEDH considera que en casos de terrorismo (que pueden asemejarse a la situación del estado de excepción) debe interpretarse con cierta flexibilidad el término "indicios razonables", entendiendo que esto se cumple con la obligación de poder justificar al menos "datos sobre algunos hechos o informaciones que puedan convencerle de que había motivos racionalmente bastantes para sospechar que la persona arrestada era autora del delito alegado…" (párrafo 34).

En lo que respecta a la posibilidad de ampliar el plazo de detención sin puesta a disposición judicial a un máximo de diez días, nos parece un sacrificio excesivo del derecho a la libertad personal, incluso cuando el conocimiento judicial de la detención se prevé como inmediato (veinticuatro horas). Máxime cuando el sumo intérprete de la Constitución ante un plazo idéntico recogido en la legislación antiterrorista (Ley Órganica 9/1984) lo declara inconstitucional. Sobre este asunto volveremos más adelante con ocasión del análisis de los plazos de detención en casos de terrorismo (STC 199/1987).

Si el estado de excepción que se declara es el de sitio por producirse o amenazar "producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no puede resolverse por otros medios..." (artículo 32, Ley Órganica 4/1981); no sólo se suspendería el plazo máximo de detención, sino también las garantías que asisten al detenido ex (artículo 17.3 de la CE).

En ningún caso el derecho a instar el procedimiento de *habeas corpus* puede ser objeto de suspensión, ya que no cabe extraer esta conclusión ni de la dicción literal de la Constitución, ni tampoco de la Ley Orgánica de desarrollo de los estados de alarma, excepción y sitio.

Suspensión de derechos ante la amenaza terrorista. Libertad vs. seguridad

Los ataques terroristas de Estados Unidos en septiembre del 2001, en España, el 11 de marzo de 2004, o los más recientes producidos en París, en noviembre de 2015, han provocado una conmoción mundial y una sensación de inseguridad a nivel ciudadana y estatal que han dado lugar a lo que Carrasco (2010: 22) ha llamado "Estado de tensión".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Ante esta amenaza, el constituyente español ya había previsto en el apartado segundo del artículo 55 la denominada "suspensión individual" de determinados derechos, como un medio adecuado para hacer frente a la actividad reiterada del terrorismo, siempre que éste "suponga un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional" (STC 199/1987).

La incorporación de la suspensión individual de derechos por causa de terrorismo supone una novedad, no sólo respecto a la historia constitucional española sino también en el entorno comparado, ya que no existe un precepto semejante al estudiado en ningún texto constitucional europeo.[21] No obstante, algunos países han incorporado en sus ordenamientos jurídicos instituciones semejantes a la suspensión individual de derechos, si bien no en el texto constitucional sino en sus leyes ordinarias. En el momento de elaborarse la CE de 1978, no debemos obviar que de manera indirecta y con algunas diferencias –unas veces sustanciales y otras de simples matices– la legislación europea, sobre todo la de Reino Unido, Alemania e Italia, recogían con motivo del fenómeno terrorista una completa colección de leyes en las que sí se suspendía alguno que otro derecho fundamental. Prácticamente en la totalidad de los países europeos la lucha contra el terrorismo no se ha constitucionalizado, sino legalizado.

Sin embargo, el constituyente español sí tenía un precepto de referencia en el ámbito supranacional, como era el artículo 15 del CEDH, que posibilita el denominado "derecho de derogación" al establecer que:

> En caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales me-

[21] Actualmente existen algunas propuestas como las de Ackerman (2004) para elaborar una Constitución de emergencia, en la que se recogieran los supuestos en los que determinados derechos podían ser limitados o suspendidos temporalmente, con el adecuado respaldo parlamentario "The Emergency Constitution".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

> didas no estén en contradicción con las obligaciones que dimanan del Derecho internacional sin que en ningún caso quepa la derogación del derecho a la vida, a no sufrir torturas, trabajos forzados u obligatorios (artículos 2, 3, y 4 del CEDH).

Para el ejercicio de este derecho de derogación es necesario: *a)* la existencia de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación; *b)* que las medidas no suspensivas de derechos, contempladas en el derecho ordinario, sean ineficaces ante la gravedad de la situación; *c)* que sólo se adopten las medidas estrictamente requeridas por las exigencias de la situación. Así se manifiesta en el *Caso Irlanda contra el Reino Unido* de 18 de enero de 1978, en el que el TEDH considera que:

> Frente a una ola masiva de violencia e intimidación, el Gobierno británico, pudieron razonablemente entender que los medios de la legislación ordinaria no bastaban para la lucha contra el terrorismo y que tenían que recurrir a otros extraordinarios, fuera del ámbito del derecho común, bajo la forma de privaciones "extrajudiciales" de libertad.

El fenómeno del terrorismo español puede considerarse como un supuesto de hecho habilitante para la suspensión de derechos ya que tal como señala el TEDH en el *Caso Lawless contra la República de Irlanda* de 1 de julio de 1961,"en el contexto general del artículo 15 del Convenio, el sentido normal y habitual de las palabras alguna emergencia pública que amenace la vida de la nación es suficientemente claro que se refiere a una situación excepcional de crisis o emergencia que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado...". Si la actividad de los grupos terroristas es amplia y grave, puede considerarse sin duda como una emergencia pública que amenaza la vida de la nación, y así lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso señalado y también en el *Caso Aksoy contra Turquía* de 18 de diciembre de 1996.

Precisamente, ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como iremos viendo, quien en palabras de Salinas (2010: 288) "ha establecido un sistema de lucha eficaz contra el terrorismo, pro-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

visto de todas las garantías necesarias, y cuya jurisprudencia, sigue evolucionando para dar respuestas adecuadas a las nuevas expresiones de esta lacra internacional".

Pero, ¿qué se entiende por terrorismo? Sobre el concepto de banda armada o elemento terrorista encontramos varias definiciones teniendo todas ellas en común un elemento ideológico. No se analizarán las mismas, sino que se utilizará la definición extraída de la STC 199/1987 en la que se concluía que debe considerarse como banda armada y, elemento terrorista, todas aquellas bandas que tuvieran cierta estabilidad e intención de permanecer en el tiempo, con carácter armado y que fueran capaces de producir terror en la colectividad por la alteración del orden público y la seguridad ciudadana. En esta definición encuadra perfectamente el grupo armado ETA, los grupos terroristas islámicos, y por tanto justificaría la realización por parte de los poderes públicos de una legislación antiterrorista.

En la actualidad, la suspensión individual de derechos prevista en el artículo 55.2 de la CE, se encuentra desarrollado por la LO 4/1988, de 25 de mayo de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre suspensión individual de derechos, que introduce, entre otros, el artículo 520 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y modifica otra serie de preceptos del mismo código. Esta legislación de desarrollo del precepto constitucional introduce algunas modificaciones respecto al régimen ordinario que afecta al ámbito del derecho a la libertad personal y, en concreto a la detención gubernativa. Se suspende la garantía de las 72 horas como plazo máximo de detención sin puesta a disposición judicial y se contempla la posibilidad de prolongar la detención "el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas", siempre que la autoridad gubernativa lo solicite al juez durante las primeras 48 horas de la detención.

El juez autorizará o denegará la prórroga en el plazo de las 24 horas siguientes. De este modo, el presunto detenido terrorista podrá estar detenido hasta un máximo de cinco días, siempre que concurran las siguientes circunstancias: 1. Que sea necesario la prolongación del plazo ordinario para llevar a cabo las investigaciones pertinentes. 2. Que la solicitud de la prórroga por la detención gubernativa se halle

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

motivada. 3. Que el juez, mediante resolución motivada autorice dicha prolongación. Con anterioridad, el Tribunal Constitucional en la STC 199/1987 había declarado inconstitucional una detención de hasta 10 días por causa de terrorismo. Además la asistencia letrada al detenido, en estos supuestos, será como ya se ha señalado, de oficio, cuando se haya declarado la incomunicación.

La actual regulación que establece como plazo máximo de detención para los supuestos de terrorismo cinco días, no parece ser totalmente acorde con la exigencia de brevedad en la puesta a disposición judicial del artículo 5.3 CEDH, como así declaró el TEDH, en el *Caso Brogan y Otros contra el Reino Unido*, de 29 de noviembre de 1988. En este caso el Tribunal consideró que se había vulnerado el concepto de plazo razonable previsto en el artículo 5.3 por unas detenciones llevadas a cabo bajo la Ley Antiterrorista inglesa de 1984, que oscilaron entre los cuatro días y seis horas de uno de los demandantes hasta los seis días de otro (la legislación permite hasta un máximo de siete días), "supera el estricto límite de tiempo que autoriza la primera parte del artículo 5.3 CEDH".[22] Con motivo de esta sentencia el Reino Unido estimando que no podía cumplir esa brevedad en la duración de la detención exigida por el Tribunal, dada la situación de alarma terrorista que vivía, se vio obligado a presentar una derogación al artículo 5.3 del Convenio. Esta decisión justificó que algunos años después en el *Caso Brannigan y McBride contra Reino Unido*, de 25 de mayo de 1993, el TEDH, al hilo de esa derogación expresa del Reino Unido, entendiera que la detención de los demandantes –presuntos miembros del IRA– durante seis días y 14 horas no era incompatible con el Convenio.

[22] No fue este punto unánimemente aceptado por todos los miembros del Tribunal, ya que algunos jueces reflejaron sus opiniones disidentes sobre la violación del artículo 5.3 CEDH, al entender que la redacción de este precepto permite cierto grado de flexibilidad en su interpretación (una mayor dilación en el plazo), sobre todo teniendo en cuenta la extraordinaria gravedad del terrorismo en Irlanda del Norte. Añadían además que si se habían entendido acordes con el Convenio detenciones en situaciones ordinarias de cuatro días, mucho más razonable sería entender aceptables privaciones de libertad de menos de siete días en la situación excepcional de Irlanda del Norte.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Independientemente del número de días en que se traduzca esa exigencia de brevedad de la privación de libertad sin puesta a disposición judicial, lo realmente importante es entender, tal como ha hecho el TEDH, que ni siquiera una situación de grave amenaza para la nación, como supone el terrorismo, otorga un poder ilimitado a los Estados para ordenar privaciones de libertad. Todo ello sin perjuicio de entender con cierta flexibilidad en estos casos las exigencias del Convenio. Son perfectamente compatibles la lucha contra el terrorismo por parte de los Estados y la defensa del derecho a la libertad personal como pilar básico del Estado de derecho.

Conclusión

Después de la vida, la libertad es uno de los valores *sine qua non* para el desarrollo y la proyección de la dignidad humana. Los esfuerzos de las legislaciones nacionales y regionales están encaminados a preservar una identidad axiológica dentro del sistema de protección europeo que impregna los corpus nacionales.

El CEDH establece supuestos claros para la suspensión de los derechos de libertad, que no podrán ser rebasados por las legislaciones nacionales. Sin embargo, hay casos excepcionales en que las medidas restrictivas no son suficientes.

De la ola de terrorismo que se vive a partir de los ataques en noviembre de 2015 en París y en Bélgica (marzo 2016), surge la necesidad de replantear mecanismos más eficientes para proteger el bloque de valores de la cavilación frente a los ataques del fundamentalismo y la violencia de grupos terroristas.

Los valores que persigue la realización humana no pueden sucumbir ante la amenaza de minorías con poder de dominación ideológica y retrograda, por lo que es necesario plantear supuestos racionales para modular la libertad individual en torno a los bienes públicos y a las libertades de la comunidad. Francia se vio obligada a regular el Estado de Excepción (État d´ urgence) y tal determinación nos obliga a replantear las bases sobre las que se edifican los valores de la democracia y la paz. Ante todo, la protección de la vida y las libertades públicas sigue siendo la justificación del Estado.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Fuentes consultadas

Bibliografía

Ackerman B. (2004), "The emergency constitution", *The Yale Law Journal*, Faculty Scholarship Series, paper 121, pp. 1028-1091.

Álvarez García, F. y A. Queralt Jiménez (2005), "El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo", en R. García y P. Santolaya Macheti (coords.), *La Europa de los derechos: el convenio de derechos humanos*, Madrid, CEPC, pp. 151-230.

Banacloche, Palao, J. (1996), *La libertad personal y sus limitaciones: detenciones y retenciones en el derecho español*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España.

Carrasco Durán, M. (2010), "Medidas antiterroristas y Constitución tras el 11 de septiembre de 2001", en F. J. Pérez Royo y M. Carrasco Durán (dirs.), *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Madrid, Marcial Pons, pp. 13-56.

Freixes San Juan, T. y J. C. Remotti Carbonell (1993), *El derecho a la libertad personal*, Barcelona, PPU.

García Morillo, J. (1995), *El derecho a la libertad personal*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

Huster, S., E. Garzón Valdés y F. Molina (2010), *Terrorismo y derechos fundamentales*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

López-Muñoz y Larraz, G. (1992), *El auténtico Habeas Corpus*, Madrid, Colex.

Rebato Peño, M. E. (2006), *La detención desde la Constitución*, Madrid, CEPC.

Salinas de Frías, A. (2010), "Detención, garantías esenciales y Estado de derecho en la jurisprudencia del TEDH", *Revista de Derecho Político*, núm. 79, Madrid, UNED, pp. 285-333.

Sánchez Agesta, L. (1980), *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Editora Nacional.

Instrumentos internacionales

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Convenio Europeo de Derechos Humanos (1971).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Legislación vigente

Constitución española (1978).

Constitución italiana (2012).

Constitución de Bélgica (2014).

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949).

Ley de Enjuiciamiento Criminal, *BOE*, núm. 260, de 17 de septiembre de 1882.

Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana 4/2015, *BOE*, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

Ley Orgánica 4/1981, *BOE*, núm. 134, de 5 de junio de 1981.

Ley Orgánica 13/2015, *BOE*, núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

Ley 14/1983, *BOE*, núm. 310, de 28 de diciembre de 1983.

Ley 9/1984, *BOE*, núm. 240, de 6 de octubre de 1984.

Ley 4/1988, *BOE*, núm. 126, de 26 de mayo de 1988.

Ley Orgánica de protección de Seguridad Ciudadana, BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

Ley Orgánica Habeas Corpus *BOE*, núm. 126, de 26 mayo de 1984.

Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, *BOE*, núm. 134, de 5 de junio de 1981.

Ley Orgánica 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, *BOE*, núm. 239, de 6 de octubre de 2015.

Ley 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el artículo 17.3 de la Constitución, en materia de asistencia letrada al detenido y al preso, y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, *BOE*, núm. 310, de 28 de diciembre de 1983.

Ley 9/1984. De creación de los Servicios Regionales de Salud y Bienestar Social y del Instituto Regional de Estudios de Salud y Bienestar Social de la Comunidad de Madrid, BOCM núm. 138 de 11 de Junio de 1984.

Ley 4/1988, de la Función Pública de Galicia. *DOG* núm. 104 de 1 de junio de 1988 y *BOE*, núm. 176 de 23 de julio de 1988.

Sentencias

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Caso Riera Blume y otros contra España, 14 de octubre de 1999.

Caso Vasileva contra Dinamarca, 25 de septiembre de 2003.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Caso Stögmuller contra Austria, 10 de noviembre de 1969.

Caso Brogan y Otros contra el Reino Unido, 29 de noviembre 1988.

Caso De Jong, Baljet Van den Brink contra Holanda, 22 de mayo de 1984.

Caso MacGoff contra Suecia, 26 de octubre de 1984.

Caso Murray contra Reino Unido, 28 de octubre de 1994.

Caso Conka contra Bélgica, 5 de febrero de 2002.

Caso Fox, Campbell y Hartley contra Reino Unido, 26 de junio de 1990.

Caso Dikme contra Turquía, 11 de julio de 2000.

Caso Funke contra Francia, 25 de febrero de 1993.

Caso Smirnova contra Rusia, 24 de octubre de 2003.

Caso Wemhoff contra Alemania, 15 de julio de 2009.

Caso Maztzener contra Austria, 10 de noviembre de 1969.

Caso Neumister contra Austria, 27 de junio de 1968.

Caso Bojinov versus Bulgaria, 28 de octubre de 2004.

Caso Irlanda contra el Reino Unido, 18 de enero de 1978.

Caso Lawless contra la República de Irlanda, 1 de julio de 1961.

Caso Aksoy contra Turquía, 18 de diciembre de 1996.

Caso Brannigan y McBride contra Reino Unido, 25 de mayo de 1993.

Tribunal Constitucional español

STC 6/1981 F.J. 5 Sala Segunda. Sentencia 6/1981, de 16 de marzo de 1981 (*BOE*, núm. 89, de 14 de abril de 1981).

STC 132/1989 Pleno. Sentencia 132/1989, de 18 de julio de 1989 (*BOE*, núm. 190, de 10 de agosto de 1989).

STC 107/1984 Sala Segunda. Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre de 1984 (*BOE*, núm. 305, de 21 de diciembre de 1984).

STC 115/1987 Pleno. Sentencia 115/1987, de 7 de julio de 1987 (*BOE*, núm. 180, de 29 de julio de 1987).

STC 140/1986 Pleno. Sentencia 140/1986, de 11 de noviembre de 1986 (*BOE*, núm. 295, de 10 de diciembre de 1986).

STC 15/1986 Sala Primera. Sentencia 15/1986, de 31 de enero de 1986 (*BOE*, núm. 55, de 5 de marzo de 1986).

STC 160/1986 Pleno. Sentencia 160/1986, de 16 de diciembre de 1986 (*BOE*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1986).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

STC 178/1985 Pleno. Sentencia 178/1985, de 19 de diciembre de 1985 (*BOE*, núm. 13, de 15 de enero de 1986).

STC 341/1993 Pleno. Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre de 1993 (*BOE*, núm. 295, de 10 de diciembre de 1993).

STC 224/1998 Sala Primera. Sentencia 224/1998, de 24 de noviembre de 1998 (*BOE*, núm. 312, de 30 de diciembre de 1998).

STC 95/2012 Sala Segunda. Sentencia 95/2012, de 7 de mayo de 2012 (*BOE*, núm. 134, de 5 de junio de 2012).

STC 250/2006 Sala Primera. Sentencia 250/2006, de 24 de julio de 2006 (*BOE*, núm. 197, de 18 de agosto de 2006).

STC 288/2000 Sala Segunda. Sentencia 288/2000, de 27 de noviembre de 2000 (*BOE*, núm. 4, de 4 de enero de 2001).

STC 21/1997 Sala Segunda. Sentencia 21/1997, de 10 de febrero de 1997 (*BOE* núm. 63, de 14 de marzo de 1997).

STC 74/1987 Pleno. Sentencia 74/1987, de 25 de mayo de 1987 (*BOE*, núm. 137, de 9 de junio de 1987).

STC 161/1997 Pleno. Sentencia 161/1987, de 27 de octubre de 1987 (*BOE*, núm. 271, de 12 de noviembre de 1987).

STC 202/2000 Sala Segunda. Sentencia 202/2000, de 24 de julio de 2000 (*BOE*, núm. 203, de 24 de agosto de 2000).

STC 196/1987 Pleno. Sentencia 196/1987, de 11 de diciembre de 1987 (*BOE*, núm. 7, de 8 de enero de 1988).

STC 47/1986 Sala Primera. Sentencia 47/1986, de 21 de abril de 1986 (*BOE*, núm. 102, de 29 de abril de 1986).

STC 98/1986 Sala Primera. Sentencia 98/1986, de 10 de julio de 1986 (*BOE*, núm. 175, de 23 de julio de 1986).

STC 194/2001 Sala Segunda. Sentencia 194/2001, de 1 de octubre de 2001 (*BOE*, núm. 266, de 6 de noviembre de 2001).

Auto del Tribunal Constitucional 316/1996 Sección Cuarta. Auto 316/1986, de 9 de abril de 1986

STC 144/1990 Sala Primera. Sentencia 144/1990, de 26 de septiembre de 1990 (*BOE*, núm. 254, de 23 de octubre de 1990).

STC 55/1996 Pleno. Sentencia 55/1996, de 28 de marzo de 1996 (*BOE*, núm. 102, de 27 de abril de 1996).

STC 232/1999 Sala Segunda. Sentencia 232/1999, de 13 de diciembre de 1999 (*BOE*, núm. 17, de 20 de enero de 2000).

STC 42/2015 Sala Segunda. Sentencia 42/2015, de 2 de marzo de 2015 (*BOE*, núm. 85, de 9 de abril de 2015).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

STC 1/1995 Sala Primera. Sentencia 1/1995, de 10 de enero de 1995 (*BOE*, núm. 36, de 11 de febrero de 1995).

STC 25/1995 Sala Primera. Sentencia 25/1995, de 6 de febrero de 1995 (*BOE*, núm. 59, de 10 de marzo de 1995).

STC 26/1995 Sala Primera. Sentencia 26/1995, de 6 de febrero de 1995 (*BOE*, núm. 59, de 10 de marzo de 1995).

STC 21/1996 Sala Segunda. Sentencia 21/1996, de 12 de febrero de 1996 (*BOE*, núm. 67, de 18 de marzo de 1996).

STC 208/2000 Sala Segunda. Sentencia 208/2000, de 24 de julio de 2000 (*BOE*, núm. 203, de 24 de agosto de 2000).

STC 287/2000 Sala Primera. Sentencia 287/2000, de 27 de noviembre de 2000 (*BOE*, núm. 4, de 4 de enero de 2001).

STC 263/2000 Sala Primera. Sentencia 263/2000, de 30 de octubre de 2000 (*BOE*, núm. 288, de 1 de diciembre de 2000).

STC 44/1991 Sala Segunda. Sentencia 44/1991, de 25 de febrero de 1991 (*BOE*, núm. 74, de 27 de marzo de 1991).

STC 106/1992 Sala Primera. Sentencia 106/1992, de 1 de julio de 1992 (*BOE*, núm. 177, de 24 de julio de 1992).

STC 25/1995 Sala Primera. Sentencia 25/1995, de 6 de febrero de 1995 (*BOE*, núm. 59, de 10 de marzo de 1995).

STC 62/1995 Sala Primera. Sentencia 62/1995, de 29 de marzo de 1995 (*BOE*, núm. 98, de 25 de abril de 1995).

STC 37/1996 Sala Segunda. Sentencia 37/1996, de 11 de marzo de 1996 (*BOE*, núm. 97, de 17 de abril de 1996).

STC 22/2004 Sala Primera. Sentencia 22/2004, de 23 de febrero de 2004 (*BOE*, núm. 74, de 26 de marzo de 2004).

STC 66/2008 Sala Primera. Sentencia 66/2008, de 29 de mayo de 2008 (*BOE*, núm. 154, de 26 de junio de 2008).

STC 47/2000 Pleno. Sentencia 47/2000, de 17 de febrero de 2000 (*BOE*, núm. 66, de 17 de marzo de 2000).

STC 199/1987 Pleno. Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre de 1987 (*BOE*, núm. 7, de 8 de enero de 1988).

Corte Suprema Americana

Caso Peyton vs. Rowe 391 US: 54 (1968).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

El dilema entre paz y justicia en África: una mirada a las Comisiones de la Verdad en el continente a propósito del Estatuto de Roma

Carmen Montero Ferrer*

Sumario

I. El omnipresente debate de la justicia transicional y II. La búsqueda de la paz a través de las Comisiones de la Verdad africanas.

Introducción

Desde su creación, en 1945, las Naciones Unidas han ostentado la finalidad de "mantener la paz y seguridad internacionales" (artículo 1.1. de la Carta de las Naciones Unidas); concretamente el Consejo de Seguridad está facultado, en virtud del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas (CNU), para determinar que existe una amenaza o quebrantamiento a la paz, o bien que se suscita un acto de agresión, por lo que está encomendado a hacer recomendaciones o decidir qué medidas tomar de entre las que se citan en los artículos 41 y 42 de la CNU.

* Estudiante de doctorado en derecho internacional público y relaciones internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela. Posgrado en la Práctica Jurídica y licenciada en derecho por la Universidad de Zaragoza. Voluntaria en la Cruz Roja española, ha participado en las campañas de sensibilización contra la violencia de género en dicha ONG.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Asimismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) a fin de ejercer sus funciones podrá –en virtud del artículo 11, párrafo primero de la CNU– tomar en consideración los principios generales de la cooperación en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. De esta manera, la AGNU ha adoptado, a lo largo de su historia, diversos documentos que ponen de manifiesto la paz como un ideal universal, independientemente de sus particularidades culturales. Por lo que, a lo largo de las décadas de presencia de las Naciones Unidas, en general, y de la AGNU, en particular, se ha ido configurando la existencia del derecho humano a la paz, el cual ostentan tanto los individuos como las sociedades en su conjunto.

Así, las Naciones Unidas han adoptado instrumentos que conforman la paz como derecho humano y fin perseguible en sí mismo, así como principio que debe subyacer en el *leit motiv* de cada una de las decisiones tomadas por este organismo, entre ellos la "Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz" (Resolución A/RES/33/73 del 15 de diciembre de 1978), en la cual se determinan las vertientes individual y colectiva del derecho a la paz; la Resolución A/RES/37/16 del 16 de noviembre de 1982, en la que la Asamblea General declaró 1986 como el Año Internacional de la Paz para que todos los órganos de las Naciones Unidas se enfocaran en lograr este objetivo; la "Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz" (Resolución A/RES/39/11 del 12 de noviembre de 1984); "Un Programa de Paz", Informe del Secretario General de Naciones Unidas, Boutros-Boutros Ghali, (Documento A/47/277–S/29111 del 17 de junio de 1992), en el que se considera que la consolidación de la paz es un factor para evitar que se reanude el conflicto; por su parte, la llamada "Declaración de Viena", adoptada en el seno de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, considera que el respeto y la observancia de los derechos humanos contribuyen a que existan relaciones de paz.

Con todo, la interpretación del concepto de paz ha cambiado a lo largo de las últimas décadas, y actualmente la mayoría de los expertos dedicados a su estudio consideran que debe hacerse una diferenciación entre la llamada "paz negativa", relacionada con poner fin a las hostilidades y prevenir la vuelta a la violencia, y la "paz positiva",

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

enfocada en consolidar la paz mediante reformas estructurales y políticas incluyentes (Mani, 2011). Desgraciadamente, en ocasiones, lograr ambos tipos de paz puede resultar complicado, e incluso, en ciertas circunstancias y contextos son contradictorios entre sí, es por ello que la llamada "justicia transicional" ha adoptado las funciones y el objetivo de lograr el equilibrio entre ambos conceptos.

A lo largo de las últimas décadas, el tema de la justicia de transición ha llamado la atención en las sociedades en conflicto y posconflicto. No en vano el desprecio a la ley y al Estado de derecho, así como a la unidad nacional y a los valores universales que propugnan los derechos humanos en todo el mundo, han dado pie a que la comunidad internacional abogue por la aplicación de mecanismos de justicia para reparar violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario y, a su vez, garantizar que éstas no se vuelvan a repetir, incentivando la democratización en aquellos países que enfrentan desórdenes políticos, económicos, jurídicos y sociales. La justicia de transición, de acuerdo con el Secretario General de Naciones Unidas, "comprende el entero ámbito de los procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad para afrontar un legado de abusos a gran escala del pasado, para asegurar la responsabilidad, rendir justicia y lograr la reconciliación" (Informe del Secretario General de Naciones Unidas, S/2004/616: III, 8).

La cuestión de las transiciones a la democracia tras un conflicto armado o un régimen dictatorial no es un fenómeno novedoso; sin embargo, el concepto "justicia de transición" es innovador en tanto que reconoce la importancia de la "justicia" en los procesos de transición. En este sentido, "el elemento justicia en la justicia de transición debe ser comprendido ampliamente" (Ambos, 2009: 28). Así, "justicia" implica "una idea de responsabilidad y equidad en la protección y vindicación de derechos y la prevención y el castigo de infracciones. Por ello, con base en una interpretación amplia del término, justicia advierte una connotación sistemática, la cual implica la consideración de los derechos del acusado, la reparación integral del daño, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad a largo plazo.

Aunque en todas las sociedades la justicia es administrada por medio de mecanismos judiciales formales, son igualmente relevan-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

tes los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre los que se encuentran las Comisiones de la Verdad, así como los programas de reparaciones y la mediación (Informe del Secretario General de Naciones Unidas S/2004/616: III, 7). De esta manera, las medidas aplicadas por la justicia de transición pueden ser de naturaleza judicial o no judicial "con distintos niveles de participación internacional o sin ella" y pueden consistir en "persecuciones individuales, reparaciones, búsqueda de la verdad, reforma institucional, descalificación y destituciones, o una combinación de ellas" (Informe del Secretario General de Naciones Unidas, S/2004/616: III, 8).

Por ello, el elemento central de la justicia de transición supone mucho más que retribución, y abarca la justicia restaurativa en el sentido de que esta última apunta a la restauración de la comunidad, la restitución o reparación de los derechos perdidos o violados y la cohesión social; es además una justicia de excepción, dada la situación de transitoriedad en la que se aplica y, fundamentalmente, es una justicia dirigida a las víctimas, ya que trata de dar respuesta a las vindicaciones de responsabilidad y justicia demandadas por éstas.

No obstante, la experiencia respecto a las transiciones llevadas a cabo en los últimos años demuestra que las exigencias de justicia reclamadas por las víctimas entran en confrontación con los esfuerzos por la paz y la reconciliación. Para Werle (2005: 66) "el abstenerse de castigar crímenes de derecho internacional puede ser necesario en casos concretos para restaurar la paz doméstica y hacer posible la reconciliación nacional".

En este sentido, es un argumento común que la política de persecución penal podría desencadenar en la comisión de nuevos abusos y hacer peligrar la paz y la estabilidad democrática. La tradicional dominación del mundo jurídico, respecto de los estudios y análisis realizados de las transiciones, ha propiciado la estandarización de modelos que desde un prisma predominantemente normativo se han aplicado, sin distinción contextual, a todos los procesos transicionales; es decir, sin que se haya tenido en cuenta que cada transición es diferente y requiere tomar medidas adaptadas a cada situación. Así, las circunstancias sociopolíticas, económicas y morales interfieren en la justicia aplicada en los procesos transicionales. Por ello, es vital encontrar el

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

equilibrio entre los valores de paz y justicia, teniendo en cuenta todos los intereses en juego, valores que, por otra parte, si bien tradicionalmente se han contemplado como contrapuestos, e incluso enfrentados, están empezando a ser considerados dentro de la lógica transicional como complementarios.

En lo que sigue trataremos de acercarnos, en un primer apartado, al conocido como omnipresente debate de la justicia transicional, el cual atiende a la variedad de opciones que se suscitan para lograr el equilibrio entre los intereses "justicia" y "paz" en las transiciones, con el fin de comprender si en la actualidad y al albor del Estatuto de Roma (ER) ambas opciones permanecen enfrentadas o, por el contrario, son complementarias. En este sentido, todas las aproximaciones con respecto a la justicia transicional han tratado esta cuestión: si bien es un lugar común afirmar que ésta debe tratar de lograr la paz como fin último, el debate surge por las diferentes posibilidades entre las que se podrían elegir para conseguir tal fin.

De esta manera, son dos las posiciones doctrinales que protagonizan el debate; por un lado, la posición legalista, la cual se basa en la obra *Legalism. Law, Morals and Political Trials* de Shklar (1986), ésta, propugna que la justicia penal es la única manera de impartir justicia y reparar el daño, lo que permitirá alcanzar la paz; por otra parte, están aquellos autores seguidores de una posición pragmática que, como Malarino (2009: 422), consideran que durante las transiciones las posibilidades de acción deben estar limitadas a aquellas que no hagan peligrar la paz –se entiende aquí en su vertiente negativa–, y es por ello que "la justicia debería cubrir los huecos que el logro de la paz le permita".

En un segundo punto trasladaremos dicho debate al análisis de las Comisiones de la Verdad, por ser éstas los mecanismos no judiciales cuyo uso es más habitual en las transiciones.

I. El omnipresente debate de la justicia transicional

A pesar de que durante mucho tiempo los procesos de paz no han estado sometidos al control de un mecanismo permanente de responsabilidad penal internacional, la situación ha cambiado notablemente con el

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI). Así, en palabras del que fuese fiscal jefe de la CPI durante nueve años, Luis Moreno-Ocampo, la "Corte es parte del proyecto de justicia de transición" (Moreno-Ocampo, 2007: 8); en el sentido de que, presente el carácter permanente de la jurisdicción que ostenta la CPI, las partes enfrentadas en un conflicto pueden sentir la "amenaza" de la CPI antes de que las negociaciones del proceso de paz empiecen, y asimismo, algunos de los mayores responsables pueden ser excluidos de dichas negociaciones al verse sometidos a la jurisdicción material y personal de la CPI.[1]

Al mismo tiempo, con el principio de complementariedad, asentado en el párrafo décimo del ER y el artículo 1 de dicho cuerpo legal, que rige las actuaciones de la CPI, los responsables de cometer las mayores atrocidades en conflicto saben que de no ser llamados por las jurisdicciones nacionales a responder por los crímenes cometidos, la CPI tiene competencia para conocer de esos casos siempre que entren en el ámbito de su competencia jurisdiccional y cumplan los criterios de admisibilidad e "interés de la justicia".

En este sentido, la CPI ejerce una doble función: además del fin sancionatorio que le es propio, puede ejecutar una función disuasoria al desalentar a los potenciales perpetradores de que cometan nuevamente los actos constitutivos de crímenes internacionales.[2] Así, con base en este mismo principio, en caso de que una jurisdicción nacional faltase a su obligación de actuar frente a los crímenes internacionales y, llevase a cabo procesos artificiales o si adoptase leyes de amnistía, la Corte, ante la impunidad establecida, debería conocer de estas situaciones, por lo que las actuaciones estatales dirigidas a ningunear todo tipo de procedimiento quedarían deslegitimadas.

No obstante, la CPI a pesar de ser el órgano más representativo de la acción de la justicia penal internacional, en su funcionamiento, deja las "puertas abiertas" al uso de mecanismos que preponderan la

[1] Esta situación no se limita a los Estados parte en el Estatuto de Roma, sino que, con base en el artículo 13.b del ER, un Estado no parte puede ser objeto de investigaciones de la CPI en caso de que el Consejo de Seguridad remita la situación de dicho país a la CPI.

[2] No debemos perder de vista que la "garantía de no repetición" es uno de los fines de la justicia transicional.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

instauración de la paz tras el conflicto, supeditando la justicia penal a tal fin. En efecto, el ER no recoge precepto alguno en el que se trate la cuestión de las amnistías ni de los mecanismos de responsabilidad alternativos, pese a lo cual, al ser un instrumento flexible se dejó al arbitrio de la CPI la solución de ambas cuestiones. Ateniendo a consideraciones jurídicas, esto se sigue, por una parte, de la amplia discrecionalidad del fiscal con respecto a todas las fases de la investigación y, por otra parte, de los artículos 16, 17 y 53 del ER, a cuyo análisis vamos a dedicar los párrafos siguientes.

Con base en el artículo 16 del ER, cuando el Consejo de Seguridad (CS) considere que existe una situación que supone una amenaza o un quiebre para la paz en el sentido de los artículos 39 y 40 de la Carta de las Naciones Unidas, éste podrá, por un tiempo determinado, legitimar jurídicamente un proceso de paz con amnistía u otra medida de exención, suspendiendo la investigación de una situación que de acuerdo con el artículo 17 sería admisible[3] Sin embargo, a razón de la autonomía que goza la CPI para decidir sobre su jurisdicción, ésta no puede verse forzada a aceptar una medida que, aunque temporal, fuese contraria a su obligación de perseguir los crímenes internacionales que son parte de su jurisdicción en razón de su competencia *rationae materiae*.[4]

Además, la CPI deberá examinar el requerimiento de suspensión del Consejo de Seguridad y asegurar que se cumplen los requisitos del mismo; figurando entre ellos, la verdadera existencia de una situación que amenace la paz en el sentido del artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas. Es decir, a pesar de que será el CS el

[3] Tras varias discusiones sobre las condiciones de esta suspensión acaecidas en el Comité Preparatorio, finalmente, la solución adoptada por la Conferencia de Roma supone que el Consejo de Seguridad lleve a cabo una acción positiva, por medio de la adopción de una resolución con base en el capítulo VII de la Carta de la ONU, y que la suspensión se haga por un periodo de 12 meses; aunque esta acción podrá ser renovada en las mismas condiciones.

[4] La decisión de suspender corresponderá a la Cámara Preliminar –como garante del interés de la justicia en la fase preliminar, si el fiscal está examinando el caso; la Sala de Primera Instancia– que asegurará un juicio justo y el respeto a los derechos del acusado, si el juicio ha empezado con base en el artículo 64.2 del ER; o la Cámara de Apelaciones si el caso está en situación de apelación (Krisch y Robinson, 2002: 650).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

que valore si se dan los requisitos para considerar la existencia de una amenaza o quebranto a la paz, a efectos prácticos la CPI tendrá la última palabra para decidir si suspende la investigación judicial en aras de mantener la paz, o no.

Por su parte, el artículo 17 del ER hace referencia a los criterios de admisibilidad de casos ante la jurisdicción de la CPI.[5] En este sentido, el principio rector que rige la admisibilidad es el propio principio de complementariedad que encabeza dicho artículo. Así, la CPI determinará admisible un caso cuando el asunto no haya sido objeto de investigación o enjuiciamiento por el Estado implicado, al tiempo que éste no esté dispuesto o no pueda llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento. Los términos literales usados por el ER son "investigación o enjuiciamiento", por lo que cabría dictaminar la inadmisibilidad de un caso ante la "Corte" sólo con que el Estado esté realizando una de las dos acciones (investigación/enjuiciamiento). Sin embargo, aunque atendiendo al tenor literal de los términos, los requisitos investigación/enjuiciamiento aparecen como alternativos, no tiene mucho sentido separarlos, puesto que, una vez que la investigación esté terminada se deberá decidir la apertura del enjuiciamiento, y en ese caso deviene aplicable el artículo 17.1. *b*) del ER.

Se ha planteado la idea que reitero aquí: como el artículo 17 del ER no aclara a qué se refiere con el término investigación, aquella realizada por una Comisión de la Verdad podría ser reconocida como tal por la CPI, hecho que determinaría la inadmisibilidad del caso. En mi opinión, a pesar de que algunos autores han argumentado que el tenor literal y el telos del artículo 17 indican que el objetivo de toda "investigación" es la persecución penal *strictu sensu*, a saber, "hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia" (Ambos, 2010: 88), lo cierto es que la imprecisión en el término investigación da cabida a que se pudiese considerar por la CPI, como admisible, una investigación no judicial.

Por lo que con base en el artículo 17 del ER, el caso será inadmisible cuando el asunto ha sido objeto de investigación por el Estado y éste ha decidido no incoar acción penal, siempre que esa decisión no

[5] Véase el artículo 17 del ER.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

sea resultado de la falta de voluntad o incapacidad. Para Sthan (2005), la decisión de no iniciar acción penal sólo puede tomarse si previamente se ha realizado una investigación sobre hechos concretos y sujetos individualizados. En este caso, claramente el artículo 17 se refiere con acción penal a "enjuiciamientos penales"; sin embargo, no será necesario para que un caso sea inadmisible que se celebre el juicio en sí, sino que basta con la certeza de que se ha tomado una decisión sobre si iniciar enjuiciamientos o no.

Por otro lado, los puntos 2 y 3 del artículo 17 refieren la falta de voluntad o incapacidad para perseguir genuinamente. Se entiende que estos requisitos tienen lugar cuando: *a)* la decisión se ha tomado con el propósito de sustraer a la persona de la justicia; *b)* si existen demoras injustificadas en el proceso, incompatibles con la comparecencia de la persona en el juicio; *c)* el colapso total o sustancial de la administración de justicia. De cumplirse alguno de estos requisitos, la CPI deberá admitir el caso a trámite.

En último término, el inciso *d)* del artículo 17.1 del ER da cuenta de un requisito que establece un umbral extra para aceptar la admisibilidad de un caso, a saber, se trata de la gravedad del hecho cometido.[6] Esto es, a pesar de la gravedad de los crímenes de competencia de la CPI, se requiere que éstos superen la barrera de un umbral extra, denominado "gravedad suficiente", el cual, por otra parte, no está definido como tal. En todo caso, la gravedad suficiente deberá ser analizada caso por caso.

En suma, a falta de preceptos normativos que acepten o prohíban que las Comisiones de la Verdad puedan ser consideradas como "investigación" en el sentido del artículo 17 del ER, y acudiendo a un concepto amplio de justicia como el que defiende Ambos (2010), un procedimiento cuasijudicial, como las Comisiones de la Verdad, podría satisfacer el requisito de "hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia"; estipulado en el apartado 2. *b)* y *c)* del artículo 17 del ER, siempre que dicha comisión establezca la posibilidad de una sanción penal. Esto es, si como sucedió con la Comisión de la Verdad y

[6] El inciso dice que los crímenes deben ser de suficiente gravedad como para que justifiquen la adopción de otras medidas por parte de la CPI.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

la Reconciliación sudafricana,[7] la primera tiene la opción de decidir a favor o en contra de la persecución.

El requisito de la *falta de voluntad o incapacidad* es más difícil de comprender de forma genérica y dependerá de las circunstancias de cada caso, ya que si la comisión es efectiva y cumple con su cometido, al ser ésta un órgano oficial se da a entender que no existe tal falta de voluntad, por lo que en este caso cabría la inadmisibilidad del asunto ante la CPI (Robinson, 2003). Por lo tanto, podemos concluir que la admisibilidad ante la CPI de un caso que esté siendo investigado por una Comisión de la Verdad, dependerá de cada caso concreto. Así, si la comisión proviene de una amnistía condicional como la de Sudáfrica, la existencia de ésta (la comisión) será razón de inadmisibilidad del caso ante la CPI sólo si la amnistía depura responsabilidad individualmente, y está sometida a requisitos y condiciones muy estrictos.[8]

[7] La Comisión de la Verdad y la Reconciliación sudafricana fue creada al albor de la Ley para la Promoción y la Unidad Nacional en 1995, con el fin de dar respuesta a las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario que tuvieron lugar en el país en la era del *apartheid*.

[8] De esta conclusión se sigue, en principio, que una *amnistía condicional* sin una Comisión de la Verdad difícilmente podrá cumplir los requisitos del artículo 17.1. *b)* del ER. Aunque es posible que se pongan condiciones a una amnistía al margen de la existencia de una Comisión de la Verdad, como puede ser la completa confesión de los crímenes cometidos, y la posterior decisión de abrir o no un enjuiciamiento; dada la magnitud de los crímenes cometidos, es más fácil que esta tarea se lleve a cabo por un mecanismo alternativo de justicia como una Comisión de la Verdad que cuente con los recursos necesarios y el apoyo de la población, que por un órgano individual estatal. A tenor del artículo 17 del ER caben otros escenarios. Es posible una situación en la que se han llevado a cabo tanto una investigación como un enjuiciamiento, cumpliéndose por tanto, los requisitos de los apartados *a)* y *b)*, pero después se dan *exenciones ex post* (la persona es indultada, la ejecución de la sentencia, suspendida…). En estos casos, la admisibilidad dependería del tercer requisito; esto es, o el juicio no fue *genuino* [artículo 17.1. a y b] o el propósito era eximir a la persona de la responsabilidad penal [artículo 17.2. *a)*] o la investigación no fue realizada con el fin de "llevar a la persona ante la justicia" [artículo 17.2. *b)* y *c)*]. Ante estas situaciones la dificultad estriba en la "incomodidad" que supondría para la CPI hacer un juicio de valor sobre la supuesta mala fe del Estado. Demostrar que dicho Estado tenía una clara intencionalidad de impunidad, al tomar la decisión de aplicar la exención *ex post* no es fácil, y resultará más difícil cuanto más avanzado este el juicio. Así, la CPI debe analizar esta situación en los estadios iniciales del proceso, lo cual es harto difícil sin vulnerar el principio de subsidiariedad, por el que la "Corte" entraría a conocer únicamente ante la falta de voluntad o incapacidad de las jurisdicciones nacionales.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

El precepto que hace referencia al "interés de la justicia", plasmado en el artículo 53 del ER, es el que más críticas ha suscitado. Para determinado sector doctrinal éste posibilita la entrada a los mecanismos alternativos a la responsabilidad penal. Entre estos autores destaca Dugard (1999), quien considera que a pesar de que el ER "guarda silencio" sobre las amnistías, es posible argumentar que dicho tratado estructura un sistema jurídico que goza de la suficiente flexibilidad como para que pueda reconocerse la legitimidad de las amnistías en las circunstancias apropiadas. De la misma idea son Golstone y Fritz (2000), quienes consideran que en determinados casos una amnistía adoptada conforme al derecho internacional se acomodará al interés de justicia; ya que advierten que el término "justicia" es controvertido y conlleva un concepto tremendamente contestado, el cual tiene significados diversos, y proponen que se contemplen modelos de justicia diferentes al de la justicia retributiva, con el fin de contemplar mecanismos alternativos de justicia, los cuales podrán ser introducidos en el ER con base en la noción "interés de justicia".

Por su parte, Robinson (2003) considera que las medidas de reconciliación no judiciales podrían ser reconocidas de acuerdo al ER en el marco de la cláusula "interés de justicia", las cuales de no servir eficazmente a los fines de paz y reconciliación, no servirán de vía para que el fiscal desista de llevar a cabo una investigación o enjuiciamiento. Siguiendo la teoría propuesta por este autor, la posibilidad de "revisar y denegar" la decisión de no investigar/enjuiciar que otorgan el artículo 53.3 del ER y la regla 109 de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP) a la Sala de Cuestiones Preliminares, se convertiría en una especie de cláusula de salvaguarda con la que preponderar el interés de "justicia" en la actividad de la CPI. Para otros autores, la renuncia a la sanción de los crímenes de derecho internacional puede, en casos individuales, ser necesaria para alcanzar la paz y servir a la reconciliación (Dugard, 1999).

Esta situación sucede, por ejemplo, cuando sólo es posible acabar una guerra civil por medio de la renuncia a la sanción penal. En este tipo de situaciones, la renuncia a dicha sanción puede ser legítima desde el punto de vista del estado de necesidad (Werle, 2005), éste, como eximente de la responsabilidad penal, encuentra por primera vez

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

una definición de sus fronteras en el artículo 31.1 *d*) del Estatuto de la CPI. Siguiendo a Ambos (2009), los peligros continuados quedan incluidos siempre y cuando la lesión del bien jurídico pueda producirse en cualquier momento; pero en cambio, la existencia de una probabilidad elevada de lesión en general no queda recogida dentro del concepto del estado de necesidad. Por ello, parece difusa la posibilidad de aplicar la eximente del estado de necesidad como instrumento para evitar los enjuiciamientos.

Para otro sector, las consideraciones de justicia de transición, en las cuales se suele plantear la aplicabilidad del requisito "interés de justicia", no pueden servir para faltar a la investigación y enjuiciamiento de los crímenes, competencia de la CPI. Desde otro punto de vista, Seibert-Fohr (2003) duda que una vez que el caso ha sido examinado con base en los criterios de admisibilidad recogidos en el artículo 17 del ER y, conforme a los cuales el mismo sea admisible, difícilmente puede sostenerse que la persecución no es en interés de la justicia. A esta idea ayuda el hecho de que, tal como apunta Ambos (2009: 101) "la cláusula del interés de justicia no prevé criterios adicionales que vayan más allá del artículo 17 del ER".

Además, las críticas señalan la ambigüedad terminológica de la que adolece la opinión de la propia Fiscalía de la CPI respecto al concepto de interés de la justicia; dado que, como dicho órgano reconoce, aunque el concepto aparece constantemente en el ER y las Reglas de Procedimiento y Prueba, éste no es definido (ICC, 2007). Esta circunstancia se ha convertido en uno de los puntos más controvertidos de la aplicabilidad del artículo 53 del ER, fuente de debate tanto para "detractores" como "defensores". En este sentido, como ya advirtió Webb (2005), citando a Danner, la noción "interés de justicia" es una "frase nebulosa". Por ello, Webb entiende que es necesario que la CPI, ante el inicio de sus actividades, dote de contenido a la noción "interés de justicia" con el fin de anticiparse a las críticas respecto a la opacidad que supone la decisión de investigar o enjuiciar con base en el artículo 53 del ER.

Sin embargo, no está claro que la definición de "interés de justicia" constituya en sí misma una solución, que al amparo de la seguridad jurídica que otorga la definición legal, elimine la discrecionalidad que supone una cláusula de esta naturaleza. Así, como apunta Rodman (2009:

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

99), la experiencia en resolución de conflictos de los últimos años demuestra que la efectividad de la justicia penal internacional y su impacto en la paz se ve condicionada a las estrategias políticas usadas por Estados y organizaciones intergubernamentales para poner fin a la violencia. Es por ello que "el Fiscal debería interpretar su discreción (se entiende la que le otorga el artículo 53 del ER) ampliamente; teniendo en cuenta el contexto político en el cual opera el derecho penal internacional".[9]

Así, y dado que el significado preciso de la cláusula no se puede dilucidar a simple vista, algunos autores han propuesto que sea ésta interpretada de acuerdo con el test del artículo 31 de la Convención de Viena de Derecho de Tratados (Seils y Wierda, 2005). De esta manera, parece incongruente la inclusión de la noción "interés de justicia" en el ER, ya que teniendo en cuenta la buena fe, el objeto y fin del tratado; e interpretando de esta forma, tanto el preámbulo como el articulado, a todas luces cabe argumentar que el fin último del ER es poner fin a la impunidad.

La organización Human Rights Watch (2005) entiende que dado el objeto y fin del ER de la lucha contra la impunidad, y la interpretación de la noción "interés de la justicia" en otras disposiciones del ER y de los estatutos de los tribunales *ad hoc*, la falta de investigación o enjuiciamiento no puede basarse en consideraciones de justicia de transición.[10] Así, la Fiscalía de la CPI ha apuntado que "no debe tenerse la percepción de que el concepto de interés de la justicia comprende todas las cuestiones relacionadas con la paz y la seguridad"; y así, el Fiscal no puede convertirse, al amparo del artículo 53 del ER, en mediador en negociaciones políticas ni ser considerado como un instrumento de gestión de conflictos (ICC-OTP, 2013: 18).

[9] Traducción de la autora.

[10] El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados dispone que un tratado debería ser interpretado de acuerdo con el significado ordinario de los términos en el contexto concreto y con el objeto y fin del tratado. Así, la interpretación de la organización Human Rights Watch se basa en el argumento de que el fin del ER enunciado en su preámbulo es poner fin a la impunidad. Así, dicha organización prepondera pos una interpretación restrictiva del término "interés de justicia" en la que las negociaciones de paz y los procesos nacionales de justicia tradicional no podrían servir de base para que la Fiscalía decidiese no investigar o enjuiciar.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Sin embargo, y a pesar de los esfuerzos realizados por la Fiscalía por reiterar que el "interés de la justicia" sólo será considerado de forma residual cuando se hayan cumplido los requisitos de competencia y admisibilidad, por lo que únicamente podrá interferir en la investigación o persecución de forma excepcional; lo cierto es que a diferencia de éstos, el interés de la justicia no es un requisito positivo y conlleva el ejercicio de una ponderación de intereses, entre los que se consideran los de las víctimas, la presencia de procesos de paz y la existencia de mecanismos alternativos de justicia de transición, que otorgan cierto margen de discrecionalidad al fiscal para considerar los intereses de paz y reconciliación en el momento de iniciar una investigación o enjuiciamiento en el caso concreto.[11]

En todo caso, Ambos (2009: 103) propone que la noción de justicia en la cláusula "interés de justicia" sea interpretada en un sentido amplio. De ese modo, la "justicia" no se limitaría ni al caso concreto ni a la justicia penal, sino que abarcaría formas alternativas de responsabilidad penal. Con base en esta propuesta, y contraviniendo la opinión esbozada por la Fiscalía en el "Policy Paper", las cuestiones de paz y reconciliación (objetivos supremos a perseguir en un proceso de transición), sí serían consideradas en el examen de dicha cláusula. Lo que supondría que en el caso concreto se haría necesario llevar a cabo un exhaustivo examen de las consecuencias hipotéticas de realizar la investigación penal, en la que entrarían en valoración cuestiones de paz y seguridad, que dicho sea de paso, conciernen al CS, acorde con el sistema de organización estructural onusiano.[12]

En este sentido, el exfiscal de la CPI, Luis Moreno-Ocampo (2007), refiriéndose a la violencia masiva en los conflictos armados, ha declarado que las llamadas a usar la capacidad discrecional que ostenta el fiscal con base en el artículo 53 del ER (con el fin de lograr las metas de la paz y la reconciliación) son inconsistentes con el ER. De la misma idea es la organización Human Rights Watch (2005: 7), que en el informe arriba

[11] En este sentido, para algunos autores la noción "interés de justicia" es el mecanismo adecuado para conjugar los intereses del derecho penal internacional con la paz en las transiciones democráticas.
[12] Este hecho supondría que las funciones del CS en relación con esta cuestión quedarían desvirtuadas.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

referido, expuso que corresponde al CS la "prerrogativa de prevenir y detener una investigación o enjuiciamiento por razones políticas".

Así las cosas, cabe concluir que la entrada en vigor del ER y el inicio de actividades de la CPI no han resuelto las ambigüedades respecto al dilema entre los intereses de paz y justicia que existían previamente a la creación de la CPI. En este estado de cosas, únicamente nos podemos servir de las interpretaciones de estrategia política que la propia CPI ha ido adoptando, así, a la luz del "Documento de política general sobre exámenes preliminares", de noviembre de 2013, la Fiscalía ha determinado que sus objetivos de política criminal se encuadran en dos fundamentales: poner fin a la impunidad, fomentando los procedimientos nacionales auténticos, y prevenir los crímenes (ICC-OTP: 2013).[13]

De acuerdo con el propósito que nos acontece, cabe plantearse dos cuestiones principales: en primer lugar, habría que dilucidar si es posible que los mecanismos de justicia alternativos, como las Comisiones de la Verdad, contribuirían al objetivo de poner fin a la impunidad esbozado por la Fiscalía; en segundo lugar, si estos mecanismos podrían considerarse, acorde con el derecho internacional, como "procedimientos nacionales auténticos" o si, por el contrario, dicha frase sólo hace referencia a los procedimientos de justicia penal. Como hemos visto, se ha pretendido dar respuesta a ambas cuestiones desde diversos sectores doctrinales, en una suerte de discurso teórico en el que se ha acudido de forma reiterada al "juego" de los artículos 16, 17 y 53 del ER. Ha quedado patente que la respuesta no está clara. La falta de disposiciones al respecto, heredada de los *travaux preparatoires* del ER, no ha hecho sino aumentar la controversia respecto a esta problemática.

A este respecto, organismos de las Naciones Unidas se han apresurado a dar una respuesta aludiendo a la complementariedad entre órganos judiciales y Comisiones de la Verdad. Así, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (OHCHR, por sus siglas en inglés) recalca la indefinición en torno a esta cuestión en el documento "Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto"; así, en su opinión, será la propia CPI la que, para cada caso en concreto, deberá interpretar la conveniencia del estable-

[13] En este punto la Fiscalía hace referencia a los párrafos quinto y décimo del ER.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

cimiento de una Comisión de la Verdad por parte de las autoridades nacionales. Sin embargo, dicho documento expresa que "en general, debe considerarse que una comisión de la verdad es complementaria de la acción judicial" (OHCHR, 2006, 27-28).

En este sentido, hay que tener en cuenta que es posible que al referirse a dicha complementariedad, la OHCHR se está refiriendo únicamente a los casos en los que coexisten Comisiones de la Verdad con enjuiciamientos nacionales; ahora bien, lo dicho por la "Oficina" (respecto a los enjuiciamientos nacionales), no es óbice para que pueda considerarse idéntica complementariedad cuando se establezcan Comisiones de la Verdad en países cuyas situaciones estén siendo objeto del ejercicio jurisdiccional de la CPI.

II. La búsqueda de la paz a través de las Comisiones de la Verdad africanas

El mecanismo alternativo a la persecución penal (*stricto sensu*) más importante, por la repercusión que han tenido, son las llamadas Comisiones de la Verdad y la Reconciliación. Así, dichos órganos cumplen una función complementaria o sustitutiva a la persecución penal. En palabras de Ambos 2009, "la renuncia a la persecución penal a cambio de paz y reconciliación plantea la cuestión de las alternativas adecuadas a la justicia y persecución penal. Si bien estas alternativas no necesitan ser un equivalente a la persecución penal, no la sustituyen, sino que sólo la complementan".

En este sentido, las Comisiones de la Verdad pueden cohabitar con la persecución penal, pero al igual que sucede con otros mecanismos alternativos, las Comisiones deben ofrecer un "camino alternativo serio para tratar con el pasado y como tal tomar en consideración efectivamente los intereses de las víctimas" (Ambos, 2009: 46). Esto último significa que para que una Comisión de la Verdad y la Reconciliación logre sus objetivos (de verdad y reconciliación) es indispensable la participación de las víctimas para legitimar el proceso. De esta manera, muchos han querido ver en el ejercicio de la llamada justicia transicional, el paso de una justicia penal retributiva a una justicia restaurativa, que centre sus actuaciones en restaurar la dignidad de las víctimas a

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

la par que dar respuesta ante las violaciones masivas de los derechos humanos (Uprimny y Saffon, 2005).

En la teoría de la justicia transicional se ha llegado al consenso de que una Comisión de la Verdad "es una comisión investigadora autónoma, centrada en las víctimas, establecida *ad hoc* en un Estado (y autorizada por éste) cuyas funciones primordiales son: 1. investigar e informar sobre las causas principales y las consecuencias de patrones amplios y relativamente recientes de severa violencia o represión que hayan ocurrido en dicho Estado durante un periodo determinado de régimen autoritario o de conflicto armado y, 2. presentar recomendaciones para corregir dichas violaciones y prevenir que ocurran en el futuro (Freeman, 2006).

De la misma manera, existe unanimidad en la doctrina respecto a los objetivos y fines a los que pueden servir estos órganos; de entre ellos, la reconciliación nacional es uno de los más aclamados por aquellos que defienden la aplicabilidad de las Comisiones de la Verdad en los procesos transicionales. Tan es así que son muchas las Comisiones de la Verdad que han incorporado la palabra "reconciliación" en su mandato y denominación oficial.

No ocurre lo mismo con el concepto de "reconciliación nacional", el cual ha sido interpretado de diversas maneras en cada una de las Comisiones. Mientras que algunas de ellas han tratado de restaurar las relaciones entre víctimas y perpetradores, como fue el caso de la "Comisión para la Acogida, la Verdad y la Reconciliación de Timor Oriental", otras han entendido la reconciliación como un proceso político de reconstrucción del Estado como sucedió en la "Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú", en la que se propuso la reconstrucción democrática por medio de la renovación de las instituciones causantes de las violaciones a los derechos humanos. En nuestra opinión, la reconciliación nacional es un fin a alcanzar a largo plazo, a cuyo propósito deben acudir no sólo las Comisiones de la Verdad, sino también otras medidas (memoriales, reparaciones, reforma institucional…) que instauradas en la época transicional trabajen conjuntamente y se complementen.

De este modo, en el mejor de los casos, las Comisiones de la Verdad pueden contribuir a crear condiciones para la reconciliación, al promover reformas institucionales y cambios en la cultura política

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

de un país, y al restaurar la dignidad de aquellos más afectados por la violencia (CIJT, 2007), logros que ayudarían a instaurar la estabilidad democrática y la reconciliación nacional. No obstante, las Comisiones de la Verdad no son la panacea, y aunque si bien es cierto que en la mayoría de los países en los que han operado los esfuerzos para lograr una justicia penal han aumentado, no hay que obviar el hecho de que el número de confesiones de culpabilidad, en el cómputo general de las Comisiones de la Verdad, no ha sido el esperado (Freeman, 2006).

A pesar de que el término "reconciliación nacional" se usa frecuentemente en los textos que abordan las cuestiones de justicia transicional y Estado de derecho, los límites conceptuales de dicha expresión no están definidos claramente y, por lo mismo, los parámetros que nos permitan evaluar si se ha llegado a la "reconciliación nacional" necesitan mayor desarrollo teórico y práctico, a fin de poder hacer valoraciones empíricas sobre si tal fin se ha logrado o no. Además, hay que tener en cuenta que el término "reconciliación" varía dependiendo del contexto en el que se inserta; así tiene significados diversos dependiendo de si hablamos de él al hilo de la justicia restaurativa o si lo analizamos acorde con los procesos de justicia transicional (Crocker, 2002).

Por un lado, la justicia restaurativa entiende que la reconciliación "implica necesariamente que víctimas y victimarios estén absolutamente de acuerdo sobre la necesidad de perdonarse y crean en el restablecimiento de sus vínculos sociales y en la armonía entre unos y otros valores fundamentales" (Uprimny y Saffon, 2005). Sin embargo, este enfoque de la reconciliación basado en el perdón parece no encajar con la justicia transicional y los crímenes a los que ésta hace frente. En efecto, parece difícil que tras haber estado involucrados en crímenes de lesa humanidad, de guerra o genocidio, víctimas y victimarios estén dispuestos a perdonarse, y además, el derecho penal internacional actual no permite que los perpetradores de estos crímenes no sean responsables penales por sus actos, así el perdón, concedido de forma oficial por las autoridades, o el otorgado entre los actores involucrados en estos crímenes, no tiene cabida en los procesos transicionales cuando hablamos de crímenes internacionales.

En resumen, a pesar de que la justicia transicional propone ocuparse de manera especial de las víctimas, lo cual supone un enfoque

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

hacia la justicia restaurativa, lo cierto es que la especial naturaleza de los crímenes internacionales sobre los cuales debe responderse en los procesos transicionales no permite que el enfoque restaurativo sea el dominante en la justicia transicional. Por ello, aunque la reconciliación sea un propósito fundamental en la justicia transicional, ésta debe encajar en un contexto transicional en el que las víctimas vean satisfechos sus derechos a obtener justicia, verdad y reparación por los daños sufridos.

En este sentido, al enfrentar la justicia transicional, en el complejo equilibrio entre las exigencias de justicia y paz no es posible que una prevalezca sobre la otra. Así, cabe abogar porque la justicia transicional se convierta en una estrategia integrada, en la que tanto la justicia penal como las Comisiones de la Verdad o los programas de reparaciones tengan cabida. Así, aunque el propósito de la reconciliación está entre aquellos perseguidos por la mayoría de los mandatos de las Comisiones de la Verdad, no puede valorarse la efectividad de éstas atendiendo únicamente a este concepto; máxime cuando la búsqueda de la verdad es el fin nuclear sobre el que se crean dichas Comisiones.

Generalmente, las Comisiones de la Verdad no establecen responsabilidad penal individual, no determinan el castigo ni utilizan las normas del debido proceso aplicables a una corte de justicia. Sin embargo, sus tareas se asemejan a la fase instructora de los procedimientos penales, sobre todo en el caso de que las Comisiones reúnan pruebas útiles para la justicia penal. Así, cabe concluir que la labor de las Comisiones de la Verdad es complementaria al ejercicio de la justicia penal, ya sea ejercida por los sistemas jurisdiccionales nacionales o por el sistema internacional, a cuyo fin las "Comisiones" colaboran recopilando pruebas testimoniales y documentales que sirvan como trabajos preparatorios para futuros enjuiciamientos.

De esta manera, en un informe llevado a cabo por la organización Amnistía Internacional en el que se recoge y analiza críticamente la práctica de 40 Comisiones de la Verdad establecidas entre 1974 y 2010, se concluyó que la mayoría de las Comisiones está firmemente a favor del inicio de investigaciones y enjuiciamientos por todos los crímenes de derecho internacional, y con base en esto:

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

> más de la mitad de las treinta y ocho Comisiones de la Verdad examinadas en este documento recomendaron el inicio de enjuiciamientos por todos los crímenes de derecho internacionales, diecinueve contribuyeron al inicio de enjuiciamientos facilitando a las autoridades nacionales los nombres de presuntos autores de crímenes, pruebas recogidas y otra información. Otras dos Comisiones, a pesar de que no facilitaron a las autoridades dicha información, recomendaron el inicio de enjuiciamientos por crímenes de derecho internacional (Amnistía Internacional, 2010).

Así, presente la complementariedad que se presupone que existe entre los órganos judiciales y las Comisiones de la Verdad, debemos ahora analizar algunos de los problemas que pueden surgir a raíz de esta complementariedad. En primer lugar, conviene hacer alusión a la transmisión de la información entre Comisiones de la Verdad y enjuiciamientos. De este modo, instaurada una Comisión de la Verdad en un país determinado, si los perpetradores de los delitos investigados en la comisión saben que la información proporcionada por ellos será transmitida al Ministerio Público y no han sido previstas medidas de amnistía o indulto, es muy probable que se resistan a confesar sus delitos ante una Comisión de la Verdad.

En segundo lugar, la complementariedad entre las Comisiones de la Verdad y la CPI no está clara. Dada la indefinición de la que adolece el Estatuto de Roma en lo que concierne a los mecanismos alternativos a la responsabilidad penal, debe ser la Corte Penal Internacional la que, mediante la práctica de sus actividades, resuelva si el establecimiento de una Comisión de la Verdad supone una investigación en el sentido del artículo 17 del ER, respecto a los crímenes graves que caen bajo la jurisdicción material de la CPI. En este sentido, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OHCHR) considera que la interpretación que la CPI dé a las Comisiones de la Verdad "probablemente dependerá de que aprecie que existe cierta intención de dar seguimiento a las conclusiones de la Comisión de la Verdad con una acción judicial, en lugar de la renuncia a esta posibilidad con el establecimiento de una investigación no judicial" (OHCHR, 2006: 28).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

A este problema ha contribuido el hecho de que todas las situaciones que están siendo investigadas por la Corte Penal Internacional tienen por objeto un país africano, circunstancia que motivó que un grupo de organizaciones y asociaciones de derechos humanos con presencia en África dirigiesen en enero de 2013 una carta al nuevo presidente de la Comisión Africana de Derechos Humanos, Nkosazana Dlamini-Zuma, en la que hablaban de la relación entre la Unión Africana considerando que los países africanos conforman un bloque amplio de apoyo a la Corte Penal Internacional, ya que 33 de los 54 estados africanos son parte en el Estatuto de Roma y además desempeñaron un papel importante en la configuración de la Corte.

Sin embargo, los firmantes de la carta consideran que en la actualidad las relaciones entre la Unión Africana (UA) y la Corte Penal Internacional están pasando por momentos tensos, dada la práctica de la CPI de investigar únicamente países pertenecientes al país africano. A pesar de que admiten que en la mayoría de las situaciones investigadas han sido los propios estados los que han referido la situación a la "Corte" (Uganda, República Democrática del Congo, República Centroafricana, Costa de Marfil y Mali); o han sido remitidas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, con base en el artículo 17 del Estatuto de Roma); consideran que en la actualidad se están dando otras situaciones ajenas a África que merecen la atención de la CPI (CIJT, 2013).

Como reacción a esta situación promovida por el panafricanismo, la UA en una reunión sostenida en Addis Abeba entre el 7 y 15 de mayo de 2012, adoptó el proyecto "Draft Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights", con el que se propone ampliar las competencias de la Corte Africana de Derechos Humanos, extendiendo su jurisdicción, entre otros delitos, a la persecución de individuales por la comisión de crímenes de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad.

A la espera de que sea concretado, una primera lectura de este ambicioso proyecto de la UA suscita varios interrogantes y un buen número de críticas, las cuales por razones metodológicas no viene al caso que sean analizadas con detalle en este trabajo. Sin embargo, sí conviene precisar que es posible que la expansión de la jurisdicción de la Corte Africana de Derechos Humanos redunde en la impunidad de los

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

crímenes objeto material de la misma. Esto es, el ámbito material de la Corte, tal y como está concebido hasta ahora es la promoción y protección de los derechos humanos en el continente, así la nueva propuesta podría poner en peligro el desarrollo del sistema de derechos humanos africano, incluida la lucha contra la impunidad sustanciada a través de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación (CIJT, 2013).

Asimismo, si esta propuesta saliese adelante, se vería mermada la pretensión de la Corte Penal Internacional, que con base en el principio de complementariedad positiva propugnado por dicha organización, los estados deberán adoptar en su legislación nacional medios para juzgar los crímenes internacionales, puesto que es muy probable que la vis atractiva de la "Corte Africana" pudiese no dejar espacio para el desarrollo de procedimientos en las jurisdicciones nacionales.

Al margen de estas consideraciones, y respecto a lo que concierne a este trabajo, en caso de que la propuesta fuese adoptada y la "Corte Africana" ampliase sus competencias, deberían contemplarse en el "Estatuto de la Corte" las relaciones entre dicho órgano judicial y los mecanismos alternativos de justicia. La inclusión de un precepto en el que se contemplasen estas cuestiones esclarecería sobremanera las relaciones entre las Comisiones de la Verdad y la "Corte Africana", lo cual es fundamental de cara a evitar posibles solapamientos y ahondar en la función investigativa previa a los enjuiciamientos realizada por las Comisiones de la Verdad; esclarecer las relaciones entre ambos órganos constituiría un hito importante, máxime teniendo en cuenta que en los estados integrantes del continente africano el establecimiento de Comisiones de la Verdad es una práctica habitual. Sin embargo, esta posibilidad no ha sido contemplada en el proyecto, ya que la única modificación prevista en el mismo consiste en añadir al artículo 28 del "Estatuto de la Corte" un nuevo subpárrafo *d)* en el que se amplían los crímenes, objeto de jurisdicción material de la Corte.

En tercer lugar, viene al caso examinar la complementariedad entre las investigaciones o enjuiciamientos realizados por la CPI y una figura que tiene algunas similitudes con las Comisiones de la Verdad, esto es, las comisiones de investigación. Para ilustrar esta cuestión tomamos como ejemplo la situación de Darfur. En este caso, fue el Consejo de Seguridad el que remitió la situación a la Corte Penal

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Internacional, la Fiscalía inició las investigaciones una vez examinado el documento resultante de la Comisión de Investigación Internacional de Darfur, patrocinada y apoyada por Naciones Unidas.

Las comisiones internacionales de investigación son órganos subsidiarios creados por el CS acorde con el artículo 34 de la Carta de las Naciones Unidas, con el propósito de realizar tareas diversas conducentes a lograr el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Con este fin se estableció la "Comisión Internacional de Investigación de Darfur" en 2004 con el mandato de que investigase las denuncias de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario cometidas en ese país por las partes en conflicto, que constatase si se habían producido o no actos de genocidio e identificara a los autores de tales violaciones a fin de que los responsables rindiesen cuentas de sus actos. Los paralelismos entre las Comisiones de la Verdad y la "Comisión de Darfur" son evidentes, sobre todo en lo concerniente a las funciones del esclarecimiento de la verdad y de los hechos establecidas en los mandatos de ambos órganos. Sin embargo, parece ser que los documentos obtenidos tras la finalización de actividades de las comisiones de investigación, creadas por el CS gozan de un mayor o más explícito reconocimiento para ser utilizados por la CPI como fuentes para decidir sobre el inicio de investigaciones, que los informes finales de las Comisiones de la Verdad.

A la luz de este ejemplo, podemos determinar que a pesar de la ventaja que suponen las comisiones internacionales de investigación respecto a las Comisiones de la Verdad (en cuanto a la mayor repercusión de la que gozan los documentos finales de las comisiones internacionales de investigación); hay que tener en cuenta que la dificultad para crear comisiones internacionales de investigación es mayor. Esto es, debe ser el CS el que decida sobre el establecimiento de una de estas comisiones internacionales de investigación, lo cual supone someter su creación a la voluntad de un número de Estados mayor (cinco concretamente) de lo que supone la instauración de una Comisión de la Verdad, cuyo establecimiento únicamente está sometido a la voluntad del Estado que la crea.

Es por ello que, aún sin entrar a valorar otras consideraciones que también apoyarían la preferencia de crear una Comisión de la Verdad, tales como: el principio de complementariedad por el cual los

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Estados deben investigar los hechos ocurridos en su Estado, el empoderamiento de la nación involucrada en la investigación de los hechos acaecidos en su territorio, la percepción de cercanía del proceso por parte de la población, etcétera… Es preferible el establecimiento de una Comisión de la Verdad, la cual recoja en su mandato que los documentos resultantes de las investigaciones llevadas a cabo por dicho órgano sirvan para que la Fiscalía de la CPI, según el artículo 15 del ER, considere que existen pruebas suficientes para iniciar una investigación en el Estado en el que operó la Comisión de la Verdad.

A modo de conclusión, nos debemos plantear si al hilo de la práctica, debemos hablar de coexistencia, en vez de complementariedad, entre Comisiones de la Verdad y enjuiciamientos de la CPI. Son varias las razones que nos llevan a plantearnos esta cuestión.

La primera, y más obvia, es que cada uno de estos órganos (Comisiones de la Verdad y CPI) han trabajado de forma sucesiva, en un ámbito temporal diferente, por lo que los ámbitos material y subjetivo de cada órgano no se solapan. Esta razón nos valdría a priori apostar por la complementariedad, ya que en una situación hipotética ideal, el trabajo realizado por cada órgano cubriría las lagunas del otro en relación con la rendición de cuentas. Entonces, ¿Por qué no podemos hablar de complementariedad entre ambos órganos?

La respuesta es que existen numerosos casos en los que las relaciones entre dichos órganos se asemejan más a la coexistencia que a la complementariedad. Buen ejemplo de esto es el caso de Sierra Leona en el que la "Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Sierra Leona" y la Corte Especial para Sierra Leona no lograron fuertes conexiones. Al tiempo que la "Corte" llevaba a cabo sus primeros juicios, la "Comisión de Sierra Leona" inició sus trabajos. Ambos órganos funcionaron de forma autónoma e independiente y no compartieron información. En algunos aspectos la decisión de crear la "Corte" fue perjudicial para el desarrollo de los trabajos de la "Comisión", ya que la primera eximió a algunas víctimas y perpetradores de prestar declaración ante esta última (Freeman, 2006: 16); asimismo, el entusiasmo con el que los donantes celebraron la creación de la "Comisión" durante las negociaciones del Acuerdo de Paz de Lomé, se desvaneció ante la perspectiva de la creación de la "Corte".

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

La existencia de estos problemas no quiere decir que la pervivencia simultánea de ambos tipos de órganos impida o menoscabe la posibilidad de alcanzar las exigencias de paz y justicia, únicamente hay que tener en cuenta que ejemplos como el de Sierra Leona nos inducen a interpretar que, en ocasiones, la coexistencia de estos órganos se reduce a eso, a convertirse en una existencia simultánea que, a menudo, puede perjudicar el desarrollo de sus trabajos. Para evitar esto debe buscarse la complementariedad real entre ambos órganos que, unidos ante un fin común, luchen por el propósito de lograr la justicia y la paz.

Hasta aquí se han expuesto, al hilo de la teoría de la justicia transicional, los desafíos que supone la búsqueda del equilibrio entre los intereses paz y justicia. No obstante, como es bien sabido entre juristas: "la realidad supera la ficción", y así, por muy rápido que se quiera avanzar en el desarrollo legislativo o académico de los principios del derecho que rigen una sociedad, no podemos permitirnos el lujo de desoír las señales que nos envía la realidad. Máxime en un ámbito tan práctico como es el de la justicia transicional, en el que el pragmatismo "choca" permanentemente con el legalismo jurídico. De esta manera, es absolutamente necesario que dirijamos nuestros esfuerzos a estudiar en qué consisten esas relaciones entre las Comisiones de la Verdad y la CPI.

Antes de meternos de lleno en este asunto, es necesario hacer dos consideraciones básicas: en primer lugar, acorde con el artículo 11 del ER, la CPI únicamente tendrá competencia respecto a los crímenes cometidos tras la entrada en vigor de dicho Estatuto. En el caso de los Estados que se hagan parte del Estatuto tras su entrada en vigor, la CPI sólo tendrá competencia sobre los crímenes que se hayan cometido tras la entrada en vigor del Estatuto respecto a ese Estado, a no ser que éste haya hecho una declaración en el sentido del artículo del 12.3 del ER.[14] En segundo lugar, en virtud del artículo 13.1 del ER para iniciar

[14] El artículo 12.3 del ER posibilita que los Estados puedan, mediante declaración depositada en poder del secretario, consentir que la Corte ejerza su competencia dentro del crimen de que se trate, en el caso de que sea necesaria (cuando el Estado parte remite al fiscal una situación) o si el fiscal ha iniciado una investigación de oficio a raíz de tener conocimiento de una situación.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

una investigación un Estado parte puede remitir al fiscal la situación solicitando que la investigue.

Así pues, en primer lugar vamos a centrar nuestra atención en las Comisiones de la Verdad que han funcionado en Estados cuyas situaciones están siendo objeto de investigación por la CPI. De las nueve situaciones investigadas por la CPI hasta el momento,[15] sólo tres de estos Estados han creado una Comisión de la Verdad desde la entrada en vigor del ER, a saber, la "Commission Verité et Réconciliation", de República Democrática del Congo; la "Truth Commission", de Kenia; y "Le Comité de Mediation pour la Réconciliation Nationale", de Costa de Marfil (esta última es una comisión de investigación, no de la verdad).[16]

La "Commission Verité et Réconciliation"(CVR), fue creada por el gobierno de la República Democrática del Congo, por medio del acto "Law No. 04/108" adoptado por el presidente Kabila y operó entre 2003 y 2007, año en el que emitió y publicó su informe final. Fue constituida al albor del programa de justicia transicional estructurado por el gobierno del país tras ser adoptado el "Comprehensive Peace Agreement", en diciembre de 2002.

Desde que se independizó de Bélgica en la década de los sesenta, hasta el acuerdo de paz firmado en 2003, la República Democrática del Congo se vio envuelta en continuas crisis políticas y escaladas de violencia permanentes que causaron miles de muertos. A pesar de que el gobierno transicional fue instaurado en 2003 y de la presencia de las tropas de la ONU (en misión de paz), las muertes de civiles y la violencia sexual perpetrada contra las mujeres del país siguió haciendo mella en las provincias del este del Estado. Los informes hablan de violaciones sexuales, torturas, desplazamientos forzados y uso de niños soldado durante este periodo. La CVR fue instituida con el fin de "promover la consolidación de la unidad nacional" (artículo 155 de la Constitución Transicional), y examinar los conflictos sociales, políti-

[15] Éstas son República Democrática del Congo, República Centroafricana I y II, Kenia, Uganda, Costa de Marfil, Malí, Libia y Darfur (Sudán).

[16] Dada su naturaleza de comisión de investigación en vez de comisión de la verdad, no va a ser considerada para el análisis posterior por cuestiones de pertinencia expositiva.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

cos y económicos sufridos por la población civil desde la independencia hasta el acuerdo de paz.

El 23 de junio de 2004, la CPI emitió un dictamen en el que se notificaba la apertura de investigación de la situación de la República Democrática del Congo, tras la remisión de la misma por parte del presidente de dicho país, con base en el artículo 14 del ER. Dado que la CVR empezó operaciones con anterioridad a la apertura de investigación podemos interpretar que la CPI no consideró que las investigaciones llevadas a cabo por la CVR comprendiesen el término "investigación" en el sentido del artículo 17 de la CPI.

Sin embargo, cabe deducir del artículo 17 del ER que el estándar de admisibilidad sólo es aplicable para la apertura de investigación o enjuiciamiento de casos englobados dentro de una situación concreta y que ya está siendo investigada, mientras que la admisibilidad de las situaciones se hará con base en los criterios de admisibilidad, oportunidad y conveniencia que ostenta el fiscal de la CPI al albor del artículo 15 del ER. Así, aunque la CPI haya iniciado las investigaciones, y concluido a la fecha, sobre un caso en concreto, *Caso Lubanga*,[17] esto no quiere decir que la CPI no respete las actuaciones e investigaciones de la CVR. Más bien, la CPI actúa de forma complementaria juzgando a los mayores responsables, acorde con el principio de responsabilidad de mando, recogido en el artículo 25.3 del ER.

Este mismo argumento fue utilizado por la CPI en la situación de Kenia, en el auto de apertura de investigación, dictado por la Sala de Primera Instancia II de la CPI, de 31 de marzo de 2010, ICC-01/09-19 (Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in Republic of Kenya: párrafo 188). En este caso, la CPI consideró que cabía la apertura de investigaciones con relación a esta situación, a razón de que apenas se habían iniciado procedimientos nacionales por parte del Estado keniata, y además versaban sobre delitos menores. Así, la CPI ha

[17] El excomandante jefe de las "Force patriotique pour la libération du Congo" (FPLC), Thomas Lubanga Dylo, fue condenado por la CPI en marzo de 2012 y sentenciado a 14 años de prisión en julio de ese mismo año, por la comisión de crímenes de guerra por el reclutamiento y alistamiento de menores de quince años y usarlos para participar en las hostilidades.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

admitido a trámite, entre otros, el caso "Prosecutor *vs.* William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang (ICC-01/09-01/11) sobre la base de que éste actúo como cooperador indirecto (artículo 25.3. *a)* del ER, contribuyendo al plan de ataque, el denominado "plan común", contra los considerados apoyos del Party of National Unity (PNU).[18]

En opinión de la CPI, la admisibilidad de la situación keniata requiere un examen previo sobre si se han llevado o se están llevando a cabo procedimientos nacionales en relación con los mismos grupos de personas y por los mismos crímenes (ICC, 2010: 15, 52). Es decir, la CPI, según el artículo 17.1. *c)* del ER, ha querido dar aplicabilidad al principio *ne bis in idem*, estipulado en el artículo 20.3 del ER, y únicamente considera investigar a los instigadores, organizadores, cooperadores del plan delictivo, consistente en acabar con los opositores de uno y otro bando, llevado a cabo tras las elecciones keniatas de 2007.[19] De esta manera, los procedimientos nacionales debían investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los perpetradores subordinados que únicamente ejecutaban las órdenes recibidas por los acusados por la CPI.[20]

[18] La violencia poselectoral se desató en Kenia tras la victoria del presidente Mwai Kibaki, perteneciente al "Partido para la Unidad Nacional" (PNU), los opositores, entre ellos el "Movimiento Democrático Naranja" (ODM), acusaron al partido del presidente de fraude electoral, lo cual fue confirmado por los observadores internacionales. Esto provocó que se desatara una oleada de violencia en el país entre ambos partidos políticos y sus partidarios, lo cual produjo miles de asesinatos, violaciones, actos inhumanos y desplazamientos de los kenianos, principalmente a Uganda. Los sucesos violentos llegaron a su fin con la firma del acuerdo –auspiciado con la mediación de Naciones Unidas– entre los líderes de ambos países para repartirse un gobierno de coalición, en febrero de 2008.

[19] En relación con esto conviene aclarar que si la CPI comprueba que los procedimientos nacionales tenían la intencionalidad de sustraer a los acusados de la acción de la justicia, el principio *ne bis in idem* quedaría sin aplicabilidad, y la CPI recobraría la competencia para conocer del asunto.

[20] En la ficha de información sobre las imputaciones a los acusados ("Information sheet"), la CPI considera que el acusado William Ruto, expresidente del homólogo congreso de los diputados keniata, realizó contribuciones esenciales a la ejecución del plan común, organizando y coordinando los ataques contra la población civil, los cuales constituyen crímenes contra la humanidad; la CPI conviene en aclarar que sin su participación en el plan, éste se hubiese visto frustrado. Por su parte, la CPI considera que el acusado Joshua Arap Sang, como jefe de la radio Kass FM, dada su influencia mediática, contribuyó a la implementación del "plan común" al: *a)* poner su programa radiofónico a dis-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Al igual que sucedió en República Democrática del Congo, una Comisión de la Verdad fue instaurada en Kenia y comenzó operaciones contemporáneamente al inicio de investigaciones de la situación keniata por parte de la CPI. La "Truth, Justice and Reconciliation Commission of Kenya" (TJRC) fue creada por el "Truth Justice and Reconciliation Bill" en el 2009 (aunque no inició operaciones hasta enero de 2010), con el fin de investigar y recomendar acciones apropiadas respecto a los abusos y delitos cometidos entre la independencia de 1963 y la firma del acuerdo de reparto de gobierno de 2008. El mandato dado a la TJRC incluía la investigación de las causas, naturaleza y extensión de la violencia poselectoral. Asimismo, dicha comisión debía recomendar enjuiciamientos penales, reparaciones a las víctimas y reformas institucionales (USIP, 2009).

Con este mandato se establecía una cierta cooperación entre la TJRC y los enjuiciamientos penales, ya fuesen éstos nacionales o internacionales, debido a que los trabajos de esta comisión podían servir de investigación, tanto para la CPI, en el sentido del artículo 17 del ER como para los procedimientos nacionales, que según las averiguaciones de la TJRC, podían iniciar procedimientos penales contra los "delincuentes menores" (ICC, 2010: 15, 188).

Ahora bien, desgraciadamente la realidad ha sido y está siendo diferente. En un reciente estudio realizado por Amnistía Internacional (2014) se ha constatado que la constante inacción del gobierno en lo referente a la investigación y enjuiciamiento de los delitos perpetrados contra los civiles, durante la violencia poselectoral (2007-2008), está causando un fuerte impacto en las vidas de las víctimas, al no obtener justicia ni reparación. Según relata este estudio, las víctimas se sienten frustradas porque su derecho a obtener justicia no ha sido atendido, ya que en su gran mayoría los perpetradores no fueron presentados ante los tribunales penales, por lo que las víctimas se ven obligadas a enfrentarse al hecho de que éstos vivan en libertad e incluso a convivir con ellos en la misma comunidad. A esto se une el hecho de que las

posición de la organización (que llevaba a cabo el "plan común"); *b)* publicitar los encuentros de la organización; *c)* fomentar la violencia y el odio contra los Kikuyus (principal grupo étnico del país al cual pertenece el actual presidente del mismo, Uhuru Kenyatta; y *d)* difundir falsas muertes de personas pertenecientes al pueblo Kalenjin, con el fin de fomentar la violencia.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

víctimas tienen miedo a las represalias si denuncian ante la policía, ya que ésta ha sido responsable de al menos 405 de las 1103 muertes ocurridas a causa de la violencia poselectoral. En las entrevistas por Amnistía Internacional realizadas a víctimas, que sirvieron de fuente a este estudio, se constató que la mayoría de las mismas apoyaban la intervención de la CPI, aunque eran conscientes del limitado alcance del tribunal internacional.

En conclusión, para las víctimas de la violencia poselectoral en Kenia el panorama es desalentador, esto es, por un lado, la CPI tiene un alcance tan limitado que sólo está investigando a los mayores responsables de los sucesos poselectorales, y por otro, aunque se acogió con beneplácito la creación de la TJRC, ésta no ha arrojado los resultados esperados. Las recomendaciones formuladas por la Comisión de la Verdad keniata no han sido implementadas en su vasta mayoría; y así, aunque hay que reconocer la idoneidad de las mismas, sobre todo en lo concerniente a la reunión de datos previos que sirvieran de base a los enjuiciamientos, lo cierto es que la TJRC no ha cumplido con los requisitos de investigación y enjuiciamiento establecidos en el artículo 17 del ER.

Así, aunque consciente de las limitaciones de la CPI ante tal número de casos que deberían ser admitidos a trámite bajo su jurisdicción, entiendo que ésta debe continuar con las investigaciones de la situación keniata, ante la insuficiencia del gobierno de dicho Estado para proporcionar justicia a sus ciudadanos. No obstante, considero que, tal como ha pedido Amnistía Internacional, sería conveniente que el gobierno pusiera en marcha el Comité para la Aplicación de las Recomendaciones de la Comisión de la Verdad; entendiendo que sólo así, en un acto de estrategia y política conjunta entre CPI y el citado "Comité" podrán las víctimas obtener la justicia y reparación que merecen.

En segundo lugar, junto a los estados que tienen Comisiones de la Verdad y que a su vez están siendo objeto de investigación por la CPI, existen muchos otros ejemplos de Estados que han instaurado una comisión de la verdad sin que su situación haya sido objeto de investigación por la CPI. A pesar de ser múltiples y variados aquellos que pertenecen a esta tipología, y que por lo tanto escapan a nuestro objeto

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

de estudio en este trabajo, dado lo paradigmático del caso conviene muy brevemente esbozar unas pinceladas en relación con la comisión de la verdad de Liberia.

La "Truth and Reconciliation Commission" (TRC) de Liberia fue creada por la Asamblea Legislativa Transicional de Liberia en mayo de 2005, a propósito del "Acuerdo de Accra" y operó 2006 a 2009, año en el que emitió su informe final. El mandato de dicha comisión comprendió la investigación de las graves violaciones a los derechos humanos y de derecho internacional humanitario, tales como violaciones sexuales y crímenes económicos ocurridos entre 1979 y octubre de 2003, bajo el régimen de Samuel Doe's, y posteriormente bajo el mandato presidencial de Charles Taylor (USIP, 2009).

La TRC estaba facultada, en virtud de su mandato, a determinar a aquellos responsables de la comisión de las violaciones, sus motivos, así como el impacto causado en las víctimas. Sin embargo, al igual que ha sucedido en los casos de Comisiones de la Verdad anteriormente citados, las recomendaciones de la TRC, entre las que figuraba la creación de una corte penal extraordinaria para Liberia, han devenido inaplicadas. En relación con esta última recomendación, la falta de actuaciones por parte del gobierno liberiano en primer lugar, pero también por parte de la CPI, es más inexplicable si cabe.

La situación de Liberia no está siendo investigada por la CPI, la cual, como corte penal universal y permanente que es, bien pudiera acometer la tarea que la TRC encargó a la creación de una corte extraordinaria (aunque en virtud de la competencia temporal de la misma sólo podría investigar los actos ocurridos de julio de 2002 a octubre de 2003), tampoco el gobierno de dicho Estado ha remitido la situación a la CPI, en virtud del artículo 14 del ER.[21] Sin lugar a dudas lo más llamativo del caso es que el expresidente, Charles Taylor, ha sido juzgado por la Corte Especial de Sierra Leona, pero, a causa de su limitada competencia territorial (artículo 1.1 del Estatuto de la Corte Especial de Sierra Leona), la "Corte Especial" no ha podido juzgar los crímenes cometidos por el expresidente Taylor en Liberia.

[21] Liberia es parte en el ER desde el 22 de septiembre de 2004.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Conclusión

Con respecto a lo tratado en esta investigación, se deduce que son muchos y variados los escenarios de los países en transición. Durante el proceso transicional las tensiones son constantes y las decisiones a tomar, difíciles. Es por ello que resulta complejo hallar un plan idóneo para equilibrar los requisitos de la "paz negativa" y "paz positiva"; no obstante, la justicia no puede ser sacrificada a fin de lograr instaurar ambos tipos de paz.

En las sociedades en transición se debe rendir cuentas por los crímenes que han tenido lugar durante la etapa conflictual, generalmente para lograr este fin se usan mecanismos judiciales; sin embargo, es posible que durante el contexto posconflictual sea difícil llevar a cabo enjuiciamientos a los perpetradores de tales crímenes.

Se plantea entonces el dilema entre los intereses de justicia y paz, es decir, dada la dificultad de enjuiciar y con el propósito de no reiniciar/exacerbar el conflicto, en algunos casos se ha cuestionado que sea conveniente llevar a cabo enjuiciamientos ya que éstos podrían amenazar la paz. Así, en el ámbito de la justicia transicional se ha ido consolidando un debate entre los partidarios de enjuiciar a "toda costa" y aquellos que defienden que en determinadas situaciones de inestabilidad es mejor dejar los enjuiciamientos a un lado con el fin de lograr la paz y la reconciliación nacional. Ante esta situación es posible que se apliquen mecanismos no judiciales (alternativos a la persecución penal), como son, entre otros, las Comisiones de la Verdad.

Con la adopción del ER no se han resuelto las ambigüedades existentes hasta ese momento, dado que dicho instrumento guarda silencio sobre la cuestión de los mecanismos alternativos a la persecución penal. Desde la doctrina mayoritaria se ha querido ver en el "juego" de los artículos 16, 17 y 53 del ER una puerta de entrada a dichos mecanismos. Sin embargo, esta opción no está clara, la ambigüedad de la que adolecen los términos utilizados en estos preceptos es un importante hándicap que sólo podrá ser resuelto por la CPI en el desarrollo de sus actividades jurisdiccionales.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Algunos de los Estados cuyas situaciones están siendo objeto de investigación por parte de la CPI han establecido Comisiones de la Verdad para investigar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario ocurridos en sus países, circunstancia por la cual entendemos que las relaciones entre la CPI y las Comisiones de la Verdad no son tan fluidas como debieran. La pregunta que he formulado a lo largo de este trabajo: ¿son compatibles las Comisiones de la Verdad con las actividades jurisdiccionales de la CPI?, puede ser ahora contestada desde un punto de vista teórico, sí lo pueden ser, dado que como se ha visto las Comisiones están encargadas de rendir cuentas a los llamados criminales menores, y la CPI, con base en el principio de responsabilidad de mando, juzga a los mayores responsables de los crímenes. Sin embargo, si fijamos nuestra atención en la casuística jurisprudencial de la CPI, no hay lugar a dudas que la comunicación entre Comisiones y CPI deja mucho que desear, así la complementariedad entre ellos es todavía un espejismo.

El trabajo revisa la importancia y las dificultades que conlleva la búsqueda de justicia en épocas de transición. Desde la perspectiva de la justicia transicional se advierte la necesidad objetiva de aplicar durante todo el proceso de la transición los valores de justicia, seguridad, debido proceso penal, restauración de la paz, castigo a los responsables, y recomposición de la estructura social. Las elecciones que se hagan respecto a los mecanismos para aplicar de forma efectiva dichos valores son importantes en tanto en cuanto respeten los intereses de las víctimas, a razón de este objetivo fue creada la Corte Penal Internacional, y sus actividades deben tener dicha encomienda siempre en mente. Es decir, no importa tanto si la respuesta a los intereses de las víctimas es ofrecida por una Comisión de la Verdad o a través de un enjuiciamiento de la "Corte", sino que se comprenda y se actúe en consecuencia, que la paz y la justicia no son opciones enfrentadas sino complementarias, y que ambas son requisitos necesarios para responder a las necesidades de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Fuentes consultadas

Bibliografía

Ambos, K. (2009), "El marco jurídico de la justicia de transición", en Ambos K. E. Malarino y G. Elsner, *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, pp. 23-129.

_____ (2010), "El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional", InDret. *Revista para el Análisis del Derecho*, No. 2, Barcelona, Generalitat de Catalunya-Ministerio de Educación y Ciencia, pp.1-47.

Amnistía Internacional (2010), *Comisionar la Justicia: Las comisiones de la verdad y la Justicia Penal*, London, Amnisty International Publications.

_____ (2014), "Kenia: las víctimas de la violencia postelectoral siguen buscando Justicia", comunicado de prensa", https://www.amnesty.org/es/press-releases/2014/07/kenia-victimas-violencia-postelectoral-buscando-justicia/, septiembre de 2015.

CIJT (Centro Internacional de Justicia Transicional) (2007), "Pursuing Justice in ongoing conflicto: A Discussion of current Practice", 15 de julio de 2007, http://www.peace-justice-conference.info/download/WS%202Pursuing_Justice_in_Ongoing_Conflict_ICTJ_FINAL.pdf, septiembre de 2015.

_____ (2013), "Letter- AU-Impunity-Jan.2013", enero de 2013, https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Letter-AU-Impunity-Jan-2013.pdf, octubre de 2015.

Crocker, D. (2002), "Punishment, reconciliation, and democratic deliberation", *Buffalo Criminal Law Review*, 5 (2), New York, University of California Press, pp. 509-549.

Dugard, J. (1999), "Dealing with crimes of a past regime. Is amnesty still an option?", *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 1001-1015.

Freeman, M. (2006), "África y sus comisiones de la verdad y la reconciliación", *Hechos en el callejón. Revista Humanum*, Boletín No. 28, PNUD, pp. 31-34.

Golstone, R. J. y N. Fritz (2000), "In the interests of justice and independent referral: The ICC Prosecutor's unprecedented powers", *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 655-667.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

HRW (Human Rights Watch) (2005), "Policy paper: The meaning of the 'Interests of justice' in art. 53 of the Rome Statute", *Policy Paper*, https://www.hrw.org/news/2005/06/01/meaning-interests-justice-article-53-rome-statute, octubre de 2015.

Krisch, P. y D. Robinson (2002), "Reaching agreement at the Rome Conference", *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford University Press, Oxford, pp. 1-26.

Malarino, E. (2009), "Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas", en K. Ambos, E. Malarino, y G. Elsner (eds.), *Justicia de transición*, Berlín, Konrad Adenauer Stifting, pp. 415-435.

Mani, R. (2011), "La reparación como un componente de la Justicia transicional: la búsqueda de la justicia reparadora en el pos-conflicto", *Justicia transicional*, Bogotá, Siglo del Hombre-Uniandes, pp. 153-204.

Moreno-Ocampo, L. (2007), "Transitional justice in ongoing conflicts", *Leiden Journal of International Law*, vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 8-9.

Robinson, D. (2003), "Serving the interests of justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, 14 (3), Italia, European University Institute, pp. 481-505.

Rodman, K. A. (2009), "Is peace in the interests of justice? The case for broad prosecutorial discretion at the International Criminal Court", *Leiden Journal of International Law*, Cambridge, Cambridge Journals, pp. 99-126.

Seibert-Fohr, A. (2003), "The relevance of the Rome Statute of the ICC for amnesties and truth commissions", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, Brill Nijhoff, pp. 553-590.

Seils, P., y M. Wierda (2005), "The International Criminal Court and conflict mediation", *Occasional Paper Series*, *International Center for Transitional Justice*, Nueva York, pp. 1-21.

Shklar, J. (1986), *Legalism. Law, morals and political trials*, Cambridge, Harvard University Press.

Sthan, C. (2005), "Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: some interpretative guidelines for the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, Oxford Journals, Oxford, pp. 695-720.

Uprimny, R. y M. P. Saffon (2005), "Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades", en A. Rettberg (ed.), *Entre el*

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la justicia transicional, Bogotá, Uniandes, pp. 211-232.

USIP (United States Institut of Peace) (2009), "Truth Commissions Digital Collection", Washington, United States Institut of Peace, http://www.usip.org/publications/truth-commission-digital-collection, septiembre de 2015.

Webb, P. (2005), "The ICC prosecutor's discretion not to proceed in the 'interests of justice'", *Criminal Law Quaterly*, vol. 50, Canada Law Books, pp. 305-348.

Werle, G. (2005), *Principles of International Criminal Law*, La Haya, TMC Asser Press.

Instrumentos Internacionales

ER (Estatuto de Roma) (1998).

Carta de las Naciones Unidas (1945).

Protocolo al Estatuto de la Corte Africana de Derechos Humanos (2008).

Resoluciones

AGNU (Asamblea General de Naciones Unidas), "Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz", Resolución A/RES/33/73 de 15 de diciembre de 1978.

_____, "Año Internacional de la Paz", Resolución A/RES/37/16, 16 de noviembre de 1982.

_____, "Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz", Resolución A/RES/39/11, 12 de noviembre de 1984.

_____, "Declaración y Programa de Acción de Viena", Conferencia sobre Derechos Humanos, 25 de junio de 1993.

ICC (International Criminal Court)-OTP (Office of the Prosecutor) (2013), "Documento de política general sobre exámenes preliminares", La Haya, ICC-OTP, pp. 1-27.

_____, "Prosecutor v. Thomas Lubanga Dylo", sentencia de 10 de julio de 2012, ICC-01/04-01/06.

_____, "Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang". Decision on the confirmation of Charges, 23 de enero de 2012, ICC-01/09-01/11.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

_____ (2010), "Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya", Situation in the Republic of Kenya ICC-01/09-19, La Haya, ICC-OTP.

_____ (2013), "Documento de política general sobre exámenes preliminares", La Haya, ICC-OTP, pp. 1-27.

_____ (2007), "International Criminal Court", *Policy Paper on the Interests of Justice*, La Haya, ICC-OTP, pp. 1-9.

OHCHR (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos) (2006), "Intrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto: Comisiones de la verdad", HR/PUB/06/1.

ONU (Organización de las Naciones Unidas), Informe del Secretario General: Un programa de Paz, diplomacia preventiva, establecimiento de la paz y mantenimiento de la paz, documento A/47/277-S/29111, 17 de junio de 1992.

ONU (Organización de las Naciones Unidas), Informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, 3 de agosto de 2004.

UA (Unión Africana) (2012), "Draft Protocol on Amendments to the Statute of the African Court of Justice and Human Rights", First Meeting of the Specialized Technical Committee on Justice and Legal Affairs, Addis Abeba.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

La libertad como principio axiológico de los derechos humanos en el contexto internacional

Enrique Uribe Arzate *
Patricia Varela Guerrero **

Sumario

I. La historia filosófica del concepto *libertad*;
II. El contexto de la libertad como principio axiológico de los derechos humanos en el ámbito internacional y III. Un concepto general de libertad útil para el derecho internacional.

Introducción

Hablar de *libertad* implica referirse a una característica del ser humano estrechamente ligada a sus facultades de acción. Actualmente, el tema de la *libertad* no ha perdido su vigencia y mucho menos importancia o interés, pues pese a los miles de escritos y estudios que existan sobre ella, el hombre la sigue buscando, en razón de no haberla conquista-

* Doctor en derecho por la UNAM, actualmente profesor-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México e Investigador Nacional Nivel 2 en el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt).
** Maestra en derecho por la UNAM, actualmente estudiante del doctorado en Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

do del todo, a través de la lucha ideológica y constantes movimientos armados, los cuales dan la pauta para calificarla como un derecho histórico nacido gradualmente y concebido como derecho humano en la actualidad. Por todo esto también se podría decir que "el individuo jamás conquistará la totalidad de su libertad", debido a la complejidad que conlleva su análisis, otorgamiento, limitación y vigilancia.

El presente escrito tiene la intención de introducir al lector en los antecedentes más importantes de la concepción de la libertad, para así poder entender cómo se convirtió en uno de los principios axiológicos torales de los derechos humanos (libertad, justicia y paz). Después plantea el contexto real de la libertad, partiendo de los instrumentos internacionales que la regulan y se propone una clasificación de los diferentes tipos de libertad, con el fin de comprender la diversidad de libertades que han tenido que reconocerse y limitarse a causa de las acciones de los individuos y las relaciones humanas establecidas en el marco social. Por último, ofrece una perspectiva general de la libertad y un concepto de la misma.

I. La historia filosófica del concepto *libertad*

La palabra *libertad* en sí ha resultado difícil de determinar, tanto en el ámbito filosófico como jurídico, por lo que en este apartado se pretende realizar un bosquejo histórico-filosófico de su concepción. En los tiempos heroicos de Grecia, la *libertad* significó lo contrario a la esclavitud, según lo narran los poemas homéricos: la organización política y social de esa época se sostenía en el rey, cabeza de una tribu que fungía como sumo sacerdote, juez y capitán, con un poder acotado por la costumbre, el consejo de jefes o "Boulé" y el "Ágora" o asamblea de los hombres libres (miembros de la tribu no sometidos a otra potestad o dominio) (Petrie; 1972).

En el pensamiento filosófico los presocráticos o los primeros filósofos, según Aristóteles, antecesores de Sócrates, enfocaron su pensamiento en la naturaleza y el cosmos; es decir, hacia el ámbito de lo objetivo, debido a que los hombres se encontraban fuertemente sometidos a ésta, pues para sobrevivir tenían que arrancarle sus frutos, por lo que su preocupación y el objeto de su reflexión se centró en la naturaleza, fuerza omnipotente que tenía sus propias leyes a las cuales el

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

hombre se sometía de manera inexorable y fatal (Marías, 2001). Es por ello, que la noción de libertad humana no era concebida como tal en el contexto filosófico, en razón de que la vida se encontraba supeditada a la necesidad que regula la naturaleza, de la cual el hombre sólo era una parte. Los filósofos de aquella época únicamente pretendían tener conocimiento de ésta con el afán de desentrañar sus leyes y adecuarse a ellas para estar en armonía con el resto del cosmos (Sanabria, 1979).

Sin embargo, Heráclito, citado en Frondizi, afirmó (2004: 79) que "la guerra de contrarios era el origen de todo", considerando necesario enfrentarse a algo para tener la esperanza de vencer, destacándose de esta manera, una cierta resistencia al destino y al azar, como la razón por la que se transforma la historia, de lo cual se vislumbra un pequeño indicio de lucha por la libertad humana frente a lo natural; así Heráclito ve necesario para la transformación: *a)* un mundo externo capaz de ser sometido y donde interesaba la vida humana y, *b)* la posibilidad de descubrir una coherencia y legalidad en el mundo para organizar la convivencia social humana.

Por su parte, en la producción poética-trágica se hizo presente la idea de libertad en el pensamiento de algunos griegos, como Sófocles en su tragedia *Antígona*, nombre del personaje femenino principal, quien hace una distinción entre las leyes que dictan los dioses y las que decretan los hombres (rey). En la trama se plantea un conflicto entre dos normas: Antígona realiza un ejercicio de ponderación en busca del bien más preciado, "la justicia", y justifica su acción argumentando que pesan más las leyes de los dioses, que son estancia superior a un rey (Sófocles, 2009). En la obra se advierte un indicio de la necesidad y exigencia histórica del ser humano sobre su *libre albedrío* frente a la represión que le hace el Estado, al momento en que se presenta la disyuntiva del hombre concreto, ante la obligación de obediencia a la ley del gobernante, producto de la imposición.

Pese a los destellos de idea de libertad referidos, es hasta una vez superado el periodo cosmogónico en la filosofía griega, tiempos de los Sofistas, cuando el pensamiento se coloca en el ámbito de la filosofía moral y política, comenzando a tener cabida, entre los temas centrales, la cuestión de la libertad del hombre frente al cosmos y el hecho de considerar las leyes de los hombres como producto de una convención.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Así, Protágoras consideró a la existencia de los dioses problemática y producto de la convención humana, y por tal motivo éstos no eran autores de las leyes, sino que reconoció al "hombre como la medida de todas las cosas", lo que se considera como un germen de libertad del ser humano frente a las deidades, pues ya no se está enteramente sujeto al determinismo o fatalidad que se retrataba fielmente en las *Tragedias* de Sófocles, entre otros poetas trágicos y, antes de ellos, en los mitos e ideologías religiosas, sino que se lucha contra ella (Gómez Robledo, 1994). Es preciso aclarar que si bien los sofistas no trataron de lleno temas como la libertad o la moralidad de las acciones del hombre, su importancia radica en ser los primeros en plantear de manera directa o indirecta problemas fundamentales sobre los que posteriormente reflexionaron Sócrates, Platón y Aristóteles.

En la época clásica de Grecia, el concepto de *libertad* se circunscribió al espacio de la vida política, y más tarde la reflexión filosófica llevó a este término a niveles de mayor profundidad, como a la idea del hombre que ha tenido influencia en la construcción de la noción de "hombre civilizado" (Petrie, 1972).

Así, para algunos estudiosos de la filosofía la idea de *libertad* se conformó junto con la idea de *polis*, ya que ésta aparece en las ciudades-estado del siglo V a. C., en donde la libertad que tenía el ciudadano era "la libertad de su patria" y la veía orgullosamente como un gran bien, al que defendía sin temer a la muerte, pues la asimilaba a su propia libertad (Festugière, 1972). Lo que explica porqué el Estado tenía un imperio absoluto sobre sus miembros y la sociedad no admitía ningún modo de libertad individual; es decir, el ciudadano le pertenecía por entero a la ciudad, es más, ni siquiera tenía noción acerca de la libertad, situación que persistió pese a que el Estado cambió varias veces de forma de gobierno (monarquía, aristocracia o democracia), cierto es, que el ciudadano gozaba de derechos políticos como votar y nombrar magistrados, y a esto se le consideró libertad, pero el hombre libre que tenía estos derechos se encontraba sujeto al Estado (Fustell de Coulanges, 1971).

El primer titán de la filosofía griega, Sócrates, plasmó dentro de su ética los cuestionamientos acerca de: *a)* la libertad, entendida como libre albedrío o libertad electiva y, *b)* la responsabilidad humana acerca de sus actos, apartándose de las teorías filosóficas de los físicos,

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

pues consideraba que tales teorías reducían al hombre a simples relaciones mecánico-causales regidas por la naturaleza. En sus últimas horas de vida, amplió su perspectiva de libertad argumentando que el hombre tenía: *i)* un cuerpo físico sometido a las leyes fatales de la naturaleza que no lo conducía a la sabiduría; y *ii)* una parte no física, el alma, que trascendía esas leyes físicas por ser semejante a lo divino y al existir en ella la libertad en las decisiones racionales, sabiduría y verdad. A partir de esta división del ser humano, para Sócrates la libertad se alcanza en cierta medida, a través de la naturaleza racional del ser humano, trascendiendo o renunciando en lo posible a los placeres, deseos o tribulaciones del cuerpo físico que lo esclavizan, y cultivando la parte racional o conciencia moral, que era la única capaz de contemplar las verdades del mundo suprasensible e inmutable, haciendo lo que hace el filósofo (Platón, 2001).

Por su parte, Platón mantiene cosas en común con su maestro; empero, paulatinamente desarrolla su propia filosofía conformando una nueva concepción de *justicia* planteada desde el fatalismo, consistente en que cada ciudadano de la *polis* –en donde hay una clara distinción de clases de personas que existen dentro de ésta–, realice la función que le corresponde en la forma en que lo dispuso la naturaleza de acuerdo a las capacidades de cada sujeto, tratando de unificar ética y política, en virtud de que ciudad y gobierno se encuentran ligados con la responsabilidad social de los individuos, sin separarse de la idea platónica del alma inmortal y la posición ética respecto de ésta.

Por lo que la noción de libertad del ser humano respecto de la naturaleza se sostiene en cierta capacidad de elección que se encuentra en relación directa con el grado de responsabilidad atribuible al mismo; es decir, al menos ciertos secretos del actuar humano no están predeterminados de antemano, pues el ciudadano tiene una participación en los asuntos de la *polis*, y por lo tanto, existe una libertad del individuo en la toma de decisiones concerniente a asuntos políticos, al mismo tiempo que una responsabilidad en virtud de esa libertad, como miembro de la comunidad, tanto hacia sí mismo, como en relación a otros integrantes de ésta, quedando el elemento de libertad ligado al de responsabilidad.

Resulta pertinente destacar que para Platón las almas tienen un mismo *status*, y la libertad verdadera se alcanza mediante el perfecciona-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

miento del alma que conoce el mundo de las ideas y en la medida en que ésta pueda desprenderse de la esclavitud del cuerpo. El filósofo trabaja con las ideas e introduce racionalidad en el mundo fenoménico (Platón, 2001).

El último titán de la filosofía griega, Aristóteles, desecha la teoría de las "ideas" de Platón, y plantea la teoría de la existencia de un *principio espiritual*, motor interno que explica el dinamismo de la materia; "inteligencia", pero no voluntad, que desemboca en la noción de obligación y de libertad, con su correspondiente responsabilidad por las decisiones y acciones. Así, al ser la responsabilidad una consecuencia de la libertad moral, ésta se encasilla en un cierto determinismo en virtud del intelectualismo ético, ya que si la inteligencia conoce el bien racional, necesariamente habrá de quererlo, sin existir la posibilidad de tomar partido por el mal o por un bien menor (Chevalier, 1958).

Entonces, no puede concebirse la noción de responsabilidad en Aristóteles, tal como hoy la conocemos, sino como la posibilidad del hombre de escapar a la fatalidad y poder alcanzar una cierta felicidad, fin último del ser humano, el bien soberano. El filósofo separa los actos o acciones del hombre en: *a)* actos voluntarios o no arbitrarios (*thelema*), que son racionales y se dirigen al fin ya mencionado; *b)* actos involuntarios o arbitrarios (*bulesin*), que no tienen una finalidad precisa, sino que son provocados por las circunstancias, cosas que se sustraen del azar. Con lo anterior queda patente la libertad y la necesidad, la primera refiere una preferencia volitiva o elección, que es lo más propio de la virtud –sin ser una característica esencial del hombre–, por estar acompañada de razón y comparación reflexiva: el hombre como el principio de sus actos, donde la deliberación recae en aquellas acciones que se llevan a cabo con el fin de alcanzar otras cosas; y en el caso de la segunda (necesidad), se encuentra expresada en que el fin último no es deliberable, sino tan sólo los medios (Aristóteles, 1989).

A raíz de la caída de la *polis* griega, y con el advenimiento de la monarquía de Diádocos, la libertad se vio forzada a refugiarse en ámbitos más profundos de la persona, donde no pudiera ser mancillada, a causa de las restricciones al modo libre de vivir del ciudadano griego –al menos frente a otras supremacías externas–, idea preservada hasta nuestros

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

días, reforzada con el pensamiento de que "se nos puede quitar todo, salvo la libertad de nuestra alma o de nuestro interior". Así, surge el concepto de libertad como ideal puramente filosófico, en el momento en que se ve restringida la libertad física y democrática (Fustell de Coulanges, 1971).

Sobre el análisis del concepto de *libertad* en la filosofía clásica, se puede distinguir dos tipos: *a)* la libertad física o material del ser humano, que en un primer planteamiento, se identifica como lo contrario a la esclavitud, y en un segundo, dentro de la acción del hombre, ligada estrictamente a la responsabilidad sobre la comunidad; y *b)* la psíquica o interna del individuo, producto de la mente humana, ya sea en la simple imaginación o en el razonamiento en donde se pudiera hablar de una independencia a los dioses, a las normas religiosas y morales, y de donde derivan las decisiones racionales tomadas de la sabiduría y la verdad que implican la responsabilidad de los actos del hombre, origen del libre albedrío.

Tomás Moro considera la libertad como el poder listo para obrar con el uso de la razón; es decir, es la capacidad de elegir sin coacción, de acuerdo con las cuestiones trascendentales que tengan impacto positivo en la vida y el actuar del individuo; protegida por la ley eterna y providencia de Dios; luego entonces, es un don que se adquiere de forma divina y es tan amplio que permite indistintamente la posibilidad de pensar, decidir, expresar y actuar conforme a las propias convicciones sin contravenir los principios de verdad y justicia, respetando los derechos del prójimo, entre ellos, la dignidad humana; puesto que si en algún momento el actuar humano los perjudica, la libertad debe limitarse para mantener la paz social (González Pérez, 2012).

Por su parte, durante la Revolución inglesa de 1688, Hobbes sostuvo que el orden es el valor más elemental de una sociedad, el cual se obtiene a través del poder y proviene de un pacto entre los hombres (Grondona, 1986); posteriormente, en 1971, con el *Leviatán* justifica el pacto social como consecuencia del estado social que equivale a un "estado de naturaleza" o guerra, en donde todos los hombres son iguales, independientes y comparten ciertas facultades como la fuerza del cuerpo, la experiencia, la razón y los afectos, que les sirven de apoyo para realizar su voluntad, incluso al extremo de quitarse la vida uno a otro, lo que origina un estado de inseguridad y ausencia de paz.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Así, el individuo en busca de seguridad y paz mediante el correcto uso de la razón tiende a rechazar lo malo y darse todo lo bueno en beneficio de su existencia, y de esta manera encuentra la idea de libertad como la facultad natural que cada uno tiene para ejercer su voluntad, que sólo en parte transfiere al pacto social y a sus leyes justas, en forma de derechos (Bohórquez Montoya, 2011). Por lo anterior, en Inglaterra los hombres aterrados por la Guerra Civil decidieron que alguien mandara sin limitación legal, al ser preferible la dictadura de uno solo que la de todos, y comienzan a pensar en la libertad como aquella que deviene de la norma.

En contraposición a Hobbes, John Locke representa el punto de partida del liberalismo político hacia finales del siglo XVII y enuncia que en el "estado de naturaleza" o sociedad pre-estatal reina la más perfecta libertad, consistente en que cada hombre depende de la ley de la naturaleza (vida, libertades, propiedad y seguridad), y no de la voluntad de otro hombre; es decir, argumenta la diferencia entre libertad y licencia, esta última consiste en hacer cualquier cosa y, la primera, en obedecer la ley natural (de la razón), que tiene dos principios fundamentales: *a)* el principio interno en el que no le está permitido al hombre destruirse a sí mismo o a sus posesiones; y *b)* el principio externo, en donde no se puede dañar a otro ni a sus posesiones.

Así, cada individuo es el encargado de velar por el cumplimiento de la ley y, a su vez, cada uno tiene dos derechos: el de libertad y el de castigar a aquellos que lo quieran dañar a partir de la violación de la ley natural. Al ahondar más en el tema de la libertad e intentar justificar la limitación de la misma, Locke (2006) asevera que el hombre ha querido abandonar una condición, en la cual, si bien era libre, estaba lleno de miedos y de peligros causados por el desconocimiento de sus derechos y deberes, a través de la cesión parcial de su propiedad (palabra que resume todos los derechos) para que la ley la reglamente y no para que la viole.

Con respecto a lo anterior, se puede decir que Locke (2006) se contrapone a la idea de Hobbes sobre la sociedad cruel, y retoma la del pacto social como origen del poder, afirmando que éste lo hacen hombres libres y racionales para fundar un poder limitado, ya que el origen del poder son los mismos gobernados y éstos le confieren al gobernante sólo cierto poder; es decir, es el derecho de cada hombre que

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

cede libremente cierto poder a un gobierno para que le garantice la vida en sociedad, en razón de lo cual nadie debería tener poder sobre alguien si no le ha dado previamente su consentimiento.

Esto desde un ámbito individualista; empero, en un sentido social, el consentimiento se entenderá acorde con la mayoría, entendiendo que si varios sujetos consintieron en vivir juntos, han aceptado necesariamente el principio de la mayoría, en donde cada cual está defendiendo sus derechos e intereses como persona individual; de tal modo que define a la libertad como la subordinación consensual a la ley y no a otro individuo, además de que en el momento en que sobrepasa la norma deja de ser libre (Locke, 2006).

Siguiendo la idea del consentimiento desde el sentido social de Locke, Rousseau explica la *mayoría* como la voluntad general de un individuo colectivo llamado "pueblo", cuando la gente vota prevalece la voluntad general (persona colectiva). Razón por la que todo desvío de la unanimidad es una pérdida para el grupo porque éste debería identificarse con la voluntad general, del mismo modo que un individuo se identifica consigo mismo; así, el que persiste en su distancia es un traidor (Grondona, 1986).

Por otro lado, Immanuel Kant –fundador del principio superior de la vida moral, el cual implica obrar respetando la ley en cuanto norma universal– afirma que el individuo sólo es libre si está sometido o sujeto a la ley (norma justa que el mismo individuo racional acepta como "principios") pues todo está sometido al examen de la conciencia moral; no obstante, el ser humano, por su naturaleza animal y racional, se encuentra entre sus pasiones y su raciocinio, entre el mundo de las necesidades y el de la razón práctica, entre el ser y el deber ser, y por tanto es difícil cumplir con el principio superior de la vida moral; sin embargo, esta moralidad es la única que puede llevar al individuo a la libertad y subsecuentemente a la felicidad (Grondona, 1986).

En 1819, Benjamín Constant (1977) dictó una conferencia titulada "De la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos" en la que estableció dos tipos de libertad, basándose en hechos históricos:

a) la **libertad de los modernos,** considerada como el derecho de estar sometido sólo a las leyes, en diferentes libertades

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

como la de expresar la opinión; escoger un oficio y ejercerlo; ejercer la propiedad y, aun, abusar de ella; ir y venir sin necesidad de obtener permiso y sin rendir cuenta de los motivos; reunirse con otros individuos; influir sobre la administración de gobierno; resaltando que hoy no hay nada que no regule las leyes y que la soberanía nacional es una suposición abstracta, pues el sistema representativo es una organización a través de la cual una nación descarga sobre algunos individuos lo que no puede o no quiere hacer ella misma, con el fin de defender los intereses del pueblo y en razón de no tener el tiempo de defenderlos siempre por sí mismo.

b) la **libertad de los antiguos,** que consistía en ejercer colectiva y directamente las diferentes partes de toda la soberanía, al deliberar en la plaza pública los asuntos del pueblo como las leyes, la guerra, la paz, la celebración de tratados de alianza con los extranjeros, entre otros; y admitían como compatible el sometimiento completo del individuo a la autoridad del conjunto. En síntesis, el individuo soberano en los asuntos públicos era esclavo en todas sus relaciones privadas.

En 1859 John Stuart Mill (2008) publicó su más importante obra *Sobre la libertad* que podría concebirse como una síntesis de las ideas clásicas de libertad, que concluye en la idea de libertad social; enfoca su percepción del término en la propia naturaleza humana; es decir, el ser humano tiene libre albedrío o la libertad de elegir entre varias opciones, depende del carácter del hombre que moldea con base en su relación con el mundo natural y su interacción con los demás seres humanos, limitada por el poder social ejercido por la mayoría de la población, que pudiera tomar muchas formas, por lo que se debe establecer un dominio mínimo en el que el individuo permanezca intacto en el goce de su libertad para que pueda perseguir su propio bien a su forma; es decir, para ser libre, el individuo debe seguir todo aquello que desde su punto de vista contribuya a determinar (elegir) su propio bien.

Por su parte, Isaiah Berlin (citado en Bohórquez Montoya, 2011) escribió dos obras respecto a la libertad *Dos conceptos de libertad*

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

y *La búsqueda del ideal*, en las cuales rechaza la concepción monista del ser humano, ya que todo lo referente a éste no tiene una sola respuesta ni una vía segura para encontrarla, sólo existen valores objetivos muy generales que pueden ayudar a orientar en la búsqueda de la respuesta. Al parecer es el primero en clasificar la libertad en:

a) **libertad negativa,** referente a la ausencia de intervención sobre las acciones de un hombre por parte de uno o más sujetos, lo que al mismo tiempo determina un espacio de acción del individuo que corre el riesgo de convertirse en esclavitud si es demasiado limitado. Agrega que ese espacio de acción únicamente puede ser interferido para permitir el ejercicio de la justicia y la equidad, sin poder tocar la esfera privada del individuo; así, la libertad depende del espacio de control y no de la fuente de la que emana.

b) **libertad positiva,** es el deseo de cada individuo de ser su propio señor, el poder de decisión en el que se encuentra inmersa la voluntad y la razón crítica del sujeto, para lograr un fin (felicidad) que pueda explicar y del que pueda asumir la responsabilidad.

Una vez expresados los tipos de libertad, Berlin asevera que se entrañan el uno al otro y admite toda limitación a la libertad, si ésta permite la asistencia social con el fin de dejar un lugar a la libertad de los otros, todo en nombre de la justicia y la equidad, pues esto representa más libertad a los individuos (Bohórquez Montoya, 2011).

Quentin Skinner (citado en Bohórquez Montoya, 2011) generó un concepto de libertad que implica una vida social mínima en la cual los ciudadanos deben cumplir, al menos con ciertos deberes, siendo el más importante su participación activa en los asuntos públicos, para que el Estado refleje la voluntad del conjunto de los ciudadanos, evolucionando la concepción de libertad negativa generada por Isaiah Berlin de un mero espacio de acción humana, a un espacio autodelimitado por el mismo individuo y sus conciudadanos.

Juan Bautista Alberdi define a la libertad como la primera necesidad del hombre de autogobierno, consistente en el uso y gobierno

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

de las facultades físicas y morales que ha recibido la naturaleza para satisfacer las necesidades de la vida civilizada. Además, afirma existen dos tipos de libertades:

a) la **exterior,** en la que ninguna potencia extranjera puede dominar nuestra sociedad y que se logra con ayuda de la espada.

b) la **interior,** dada en dos planos: el individual, donde cada uno se gobierna a sí mismo, y el político, en la que a través del gobierno de nosotros mismos nos damos un gobierno; es decir, el gobierno es el producto de nuestras propias voluntades (Grondona, 1986).

Ahora bien, Norberto Bobbio (1993) habla sobre la dificultad para establecer el término, refiere que ésta estriba sobre todo en su ambigüedad, sin negar que en términos generales la libertad es una cualidad o propiedad de la persona física o moral, y por lo tanto, sus diversos significados dependen del hecho de que esta cualidad o propiedad pueda referirse a distintos aspectos de la persona, sobre todo a la voluntad o a la acción. En este sentido, se observa la libertad en cuanto valor (bien o fin) a perseguir, considerado generalmente un bien o fin para la persona, resultando en general un valor para el hombre en cuanto individuo, de ahí que las teorías favorables a la libertad, liberales o liberalistas, sean doctrinas individualistas que tienden a ver a la sociedad como un agregado de individuos y no una totalidad.

En una primera aproximación a la libertad, Bobbio (1993) plantea una idea generalizada de la misma que contiene todo lo analizado por la filosofía clásica, y como era de esperarse, da un paso más al querer ampliar la perspectiva desde un estudio político, afirmando que en el uso del lenguaje y en relación a los sujetos implicados podremos distinguir dos tipos de libertad:

En **amplio sentido,** que es una relación entre dos sujetos, en donde uno o dos pueden no ser humanos, verbigracia, el hombre ha conquistado la propia libertad emancipándose de la sumisión a las fuerzas naturales, o bien, un río (ente natural) es libre de seguir el propio curso cuando no se lo impide una presa o un dique (obra del hombre);

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

en **estricto sentido**, que es una relación entre dos sujetos humanos, por ejemplo, el hombre ha conquistado la propia libertad emancipándose de las restricciones derivadas de la sujeción del hombre por el hombre.

Ya en el lenguaje político distingue al menos dos significados o formas de libertad distintas, aclarando que el hecho de que éstas sean diferentes e independientes no quiere decir que sean incompatibles o no puedan integrarse recíprocamente, antes bien, en ocasiones pueden ser condicionantes la una de la otra (Bobbio, 1993); estas dos libertades son:

a) **La negativa**, libertad como ausencia de impedimento o de constricción que representa la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de hacer o no hacer, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan (no permitir) o constriñan (obligar) otros sujetos, presuponiendo la inexistencia de alguna norma *lato sensu* que prohíba la acción que el individuo considera deseable, o viceversa, debido a que los límites a las acciones en sociedad quedan definidos generalmente por normas.

Los deterministas la entienden como una situación en la cual el curso natural de los acontecimientos no se ve obstaculizado en su desenvolvimiento necesario; así se puede entender que generalmente el sujeto histórico de la libertad como ausencia de impedimento y de constricción, es el individuo.

Por otra parte, las libertades civiles son el prototipo de las libertades negativas, son individuales, inherentes al individuo singular, las cuales usan a menudo la fórmula "libertad respecto del Estado", que reclama la atención sobre la libertad del individuo en las relaciones con el Estado. Es la "libertad respecto de…" (del inglés *freedom from*), la expresión que pone de relieve la situación en la cual no se está sujeto al límite que proviene de normas restrictivas de esta o de aquella autoridad.

Por último, los tres pensadores a través de los que Bobbio apoya la concepción de la libertad negativa son: **Thomas Hobbes,** con su principio *libertas silentium legis*, asevera

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

que las leyes nunca han limitado ni pueden limitar todos los movimientos y acciones de los ciudadanos en vista de su variedad, por lo que quedan innumerables cosas que las leyes no ordenan ni prohíben, y cada uno puede hacer u omitir, según su criterio. En este caso la libertad es aquella parte del derecho natural que las leyes civiles permiten y dejan a discreción de los ciudadanos, y con su principio *Libertas a coactione* aclara que la libertad es la ausencia de todos los impedimentos a la acción que no estén contenidos en la naturaleza y en la cualidad intrínseca del agente. **Locke** al pensar que la libertad de los gobernados permite seguir la propia voluntad inconstante, incierta, desconocida y la arbitraria de otro hombre. **Montesquieu** con su afirmación "La libertad es el derecho de hacer aquello que las leyes permiten". **Benjamín Constant** con su explicación sobre "la libertad de los modernos", como la libertad del disfrute privado de algunos bienes fundamentales para la seguridad de la vida, un bien para el individuo y para el desarrollo de la personalidad humana, como las libertades personales, libertad de opinión, iniciativa económica, movimiento, reunión, entre otras.

b) La **positiva,** autodeterminación o autonomía es, para Bobbio, la situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros. En este caso, Bobbio habla de cómo entienden la libertad los indeterministas, que afirman principalmente y con absoluta prioridad sobre cualquier otra forma de libertad, la libertad de querer, entendida como la capacidad que tienen algunos sujetos en plena posesión de sus facultades, aunque con ciertos límites y circunstancias determinadas, y en grado sumo Dios, de autodeterminarse: como *libertas a necessitatione*, así, en el lenguaje filosófico no sería una voluntad absolutamente indeterminada, sino la que se determina por los dictámenes de la razón divina o cósmica, lo cual significa estar sometido a la ley de la razón.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

En este caso, el sujeto histórico de la libertad como autodeterminación es un ente colectivo, por lo que en la teoría política la autodeterminación deriva de una voluntad colectiva (del pueblo o de la comunidad, nación, grupo étnico o patria) que usa a menudo la fórmula "libertad del Estado" donde el sujeto de la libertad es el ente colectivo –Estado–, enfocándose en la libertad de la totalidad y a la del ciudadano (individuo en cuanto parte de una totalidad y promotor de las deliberaciones que de ella derivan). Es la "libertad de…" (del inglés *freedom to*), comprendiendo todas las situaciones designadas con esta expresión, y pone de relieve el momento positivo que consiste en la indicación de las acciones correctas que desde la falta de límites son liberadas, y por tanto, se hacen posibles.

Norberto Bobbio (1993) sustenta esta clase de libertad con la doctrina de: **Rousseau**, para quien "la libertad en el estado civil consiste en el hecho de que allí el hombre, en cuanto parte del todo social, como miembro del yo común, no obedece a los otros sino a sí mismo, es decir, es autónomo en el sentido preciso de la palabra", pues se da la ley a sí mismo y no obedece otras leyes que aquellas que él se ha dado, en resumen "la obediencia a la ley que se ha prescrito es la libertad"; **Kant**, quien adopta tanto el concepto de libertad positiva como negativa, en el ensayo "Por la paz perpetua", excluye la libertad jurídica y externa la facultad de hacer todo lo que se quisiera, sin provocar injusticia a nadie, y lo mismo ocurre en su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, donde la libertad jurídica queda definida como "la facultad de no obedecer otra ley que no sea aquella a la que los ciudadanos han dado su consenso"; **Hegel**, quien afirma que la libertad política se realiza solamente en el Estado mediante la manifestación de su voluntad racional, que es la ley (objetividad del espíritu y voluntad en su verdad); y sólo es libre la voluntad que obedece a ésta; **Benjamín Constant**, con su "libertad de los antiguos", libertad de participar en el poder político como miembro

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

de una colectividad, tomando decisiones que atañen a la sociedad en su conjunto y en sus partes.

En 2011, Enrique Villanueva, basándose en el pensamiento de Eduardo García Máynez y Carlos Cossío, realizó un análisis respecto a la *libertad metafísica (positiva)*, considerada como una necesidad y esencia del ser humano; y la *libertad jurídica (negativa)*, que es la "libertad metafísica fenomenalizada", es decir, aquella que comprende lo permitido, lo ordenado y lo prohibido perfectamente acotado por las normas jurídicas. Y rechazó esta división de la libertad al considerar que ésta es una y que no se puede concebir una libertad jurídica ontológicamente independiente de la libertad metafísica, por lo que la concibe como aquella norma jurídica que habla de una conducta metafísicamente libre, conceptualizándola y caracterizándola bajo la noción de lo permitido (lo no prohibido), lo ordenado (lo que debe hacerse o de lo contrario se sufrirá una sanción) y lo prohibido (lo que se debe omitir so pena de ser sancionado), las cuales denotan una facultad y ciertos "queale" (contenidos cuantitativos de una experiencia, *verbi gratia*, la intensidad de un dolor) que ocurren junto con otros estados mentales como el deseo, la intención, etcétera, mismos que se suscitan desde el inicio de una acción dada, por medio de su desarrollo, y hasta su conclusión.

Pese al notable intento por comprender y explicar la libertad, reconoce la dificultad para determinarla, pues tiene una realidad más allá de la experiencia consciente que aparece en la conciencia de forma difusa o indeterminada, pero lo que sí puede aseverar es que la libertad se da en grados, esto es, se tiene más o menos libertad, o se tiene menor o mayor experiencia de ella (Villanueva, 2011).

Se puede decir que la lucha por la *libertad* no sólo ha sido difícil, sino confusa en el ámbito del pensamiento, por lo que se reconoce la infinidad de clasificaciones que han surgido de la misma con el único fin de lograr explicarla; no obstante, la libertad que interesa al derecho es la externa y todas sus derivaciones, pues es sobre la que los Estados constitucionales han pretendido justificar su existencia, y no sólo eso, sino que ésta ha servido de parámetro para la evolución de toda organización social.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

II. El contexto de la libertad como principio axiológico de los derechos humanos en el ámbito internacional

Una vez analizada, en términos muy generales, la perspectiva histórico-filosófica de la libertad, y habiendo delimitado lo que interesa regular y aplicar respecto de ella dentro del marco jurídico, se puede decir que a través del tiempo surgió la idea de los hoy *derechos humanos*, los cuales absorbieron el estudio de la *libertad* y la reconocieron como uno de sus principios axiológicos torales, junto con la justicia y la paz, fundando una nueva forma de ver e interpretar el derecho. Algunos autores llegan al extremo de definir a los "derechos humanos" como las libertades, facultades o valores de todo humano, dejando ver que es el primer principio axiológico de éstos. Es pertinente recordar que, si bien muchos filósofos y políticos hablaron y describieron la libertad, fue hasta el surgimiento de la preocupación por la persona humana aunado a la rebelión contra la arbitrariedad de las monarquías absolutas, como surgieron los movimientos por las libertades.

La lucha por la *libertad* tuvo mayor trascendencia con la primera revolución moderna, la Guerra Civil inglesa de 1688, a razón de la cual Inglaterra pasó de una monarquía absoluta a la monarquía parlamentaria, transición que le costó 60 años, durante los que se fundó el procedimiento del *Habeas Corpus* y se impuso la Bill of rights; tiempo después, en 1776, se da la revolución americana que generó la primera declaración moderna del hombre, la Declaración de Derechos de Virginia; y en 1789 la Revolución francesa y genera la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Grondona, 1986); todos estos movimientos armados dieron origen a los derechos humanos.

Fue así como de la lucha por la *libertad* surgieron, en primera instancia, los derechos fundamentales, considerados ámbitos en los que los individuos pueden expresar libremente su voluntad, limitados por el Estado, pero en una dimensión donde tienen eficacia más allá de su concepción de defensa del individuo frente al poder público y de su caracterización originaria; convirtiéndose en criterios de ordenación para todo sistema jurídico que les proporcione validez y eficacia, además de un carácter "ubicuo" por el cual deben considerarse en cualquier deci-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

sión judicial, en donde será fácil observar los límites a la libertad, que sólo se pueden encontrar en cada tipo de ésta.

Se aclara que la idea de derechos fundamentales se fusiona con las teorías del constitucionalismo advirtiendo, por un lado, que estos derechos tienen un carácter jurídico o fuerza normativa y son aplicables o garantizados por una jurisdicción sin necesidad de la mediación legislativa; y por otro, son política o norma directiva fundamental. Lo anterior, deja ver que la jerarquía normativa del valor libertad quedó en manos durante muchos años del ámbito jurídico interno de los Estados, especialmente a través de las declaraciones de derechos.

A partir de la Segunda Guerra mundial germina la teoría institucional de los derechos fundamentales que les da el carácter de principios objetivos de ordenación de ámbitos vitales protegidos, dando cabida a que la teoría axiológica de los derechos constituyera un orden objetivo de valores; es decir, se empieza a considerar que los derechos fijan los valores fundamentales de la comunidad construyendo un sistema de valores (Mora Sifuentes, 2013).

De tal forma que a nivel internacional surge el primer documento de gran trascendencia moral que reconoce la libertad, entre otros principios axiológicos referentes a la dignidad humana, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, instrumento que consigna la protección de la libertad a los regímenes de Derecho de los Estados parte de la Organización de Naciones Unidas, mediante el establecimiento de algunas de sus características en su texto, tales como: el reconocimiento de la libertad inherente del ser humano desde su nacimiento (artículo 1); la concesión de todas las libertades proclamadas por la Declaración (artículo 2); el derecho que todo individuo tiene a la libertad (artículo 3); la prohibición de esclavitud y servidumbre en todas sus formas (artículo 4); la prohibición de la tortura (artículo 5); la libertad personal (artículo 12); la libertad de tránsito y residencia (artículo 13); la libertad de matrimonio (artículo 16); la libertad de religión (artículo 18); la libertad de opinión y de expresión (artículo 19); la libertad de reunión y de asociación pacífica (artículo 20); las libertades o derechos políticos (artículo 21); la libertad de desarrollo personal (artículo 22); la libertad de trabajo (artículo 23); la libertad de esparcimiento (artículo 24); la libertad de educación (artículo 26) y la libertad cultural (artículo 27).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Este documento si bien nos indica la internacionalización de los derechos del hombre, no tuvo un carácter vinculante, significando sólo un compromiso moral para los Estados, razón por la cual, el 16 de diciembre de 1966, se hizo necesaria la emisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que contiene los siguientes principios axiológicos de libertad: la autonomía y libre determinación de los pueblos (artículo 1); la libertad de trabajo; las libertades políticas y económicas (artículo 6); la libertad de trabajo y libre esparcimiento (artículo 7); la libertad sindical (artículo 8); la libertad de matrimonio (artículo 10); la libertad de educación (artículo 13); y la libertad cultural y de investigación (artículo 15).

Asimismo, surge el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que contempla la libre determinación de los pueblos (artículo 1); la prohibición de la tortura (artículo 7); la prohibición de la esclavitud y libertad de trabajo (artículo 8); la libertad personal (artículo 9 y 17); la libertad de tránsito y residencia (artículo 12); la libertad de tránsito con limitaciones a la extradición (artículo 13); la libertad de pensamiento y religión (artículo 18); la libertad de opinión y de expresión (artículo 19); la libertad de reunión pacífica (artículo 21); la libertad de asociación y sindical (artículo 22); la libertad de matrimonio (artículo 23) y la libertad política (artículo 25).

Con posterioridad a los acuerdos internacionales planteados por la Organización de las Naciones Unidas se fue dando la necesidad de crear otros instrumentos o tratados internacionales que protegieran libertades más específicas o ampliaran las ya contenidas en la Declaración y los Pactos, como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, del 10 de diciembre de 1984, la cual se aplica para los casos en que existiendo la privación ilegal de la libertad, la víctima sufra actos que le inflijan dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, con el fin de obtener información o una confesión, de castigar; o bien, por razones de discriminación, que sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas. Además, surge la Convención sobre los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1989, la cual protege la libertad de los menores de edad (18 años) en los ámbitos que estipulan el derecho a permanecer con los padres relacionado con las

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

libertades de residencia y de tránsito (artículo 9); libertad de tránsito y residencia (artículo 10); prohibición de traslado ilícito de menores (artículo 11); libertad de expresión (artículos 12 y 13); libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 14); libertad de reunión y asociación (artículo 15); libertad personal (artículo 16); libertad cultural (artículo 31); prohibición de explotación económica y laboral (artículo 32); prohibición del uso de menores en el ilícito de drogas (artículo 33); prohibición de la explotación y abuso sexual (artículo 34); prohibición de la privación ilegal de la libertad (artículo 35) y prohibición de la tortura (artículo 37).

Del mismo modo la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares del 18 de diciembre de 1990, que contempla la libertad de tránsito y residencia (artículos 8, 38 y 39); prohibición de tortura (artículo 10); prohibición de esclavitud (artículo 11); libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 12); libertad de expresión y de opinión (artículo 13); libertad personal (artículos 14 y 15); libertad de tránsito y residencia ligada a la prohibición de extradición (artículo 22 y 56); libertad sindical y de asociación (artículos 26 y 40); libertad de cultura (artículo 31); libertad económica de transferencia y ahorro (artículos 32, 47 y 48); libertad de asociación y sindical (artículo 40); libertad política (artículo 41) y libertad de trabajo (artículo 52 y 53).

La Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, del 18 de diciembre de 1992, documento que representa una extensión de la libertad personal con el fin de evitar arrestos, detenciones, secuestros o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o de personas que actúan con la autorización o apoyo del Estado, seguida de la negativa del reconocimiento de la privación de libertad o del ocultamiento del paradero de la persona desaparecida, negándole la protección de la ley.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, del 13 de diciembre de 2006, que reconoce en general la libertad (artículo12); la protección contra la explotación, la violencia y el abuso (artículo 16); libertad personal (artículo 14); prohibición de tortura (artículo 15); libertad de desplazamiento y nacionalidad (artículo 18);

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

libertad de expresión, opinión y acceso a la información (artículo 21); respeto a la privacidad (artículo 22); libertades laborales (artículo 27); libertades políticas (artículo 29); y libertades culturales y de esparcimiento (artículo 30).

Junto con estos documentos surgieron "instrumentos universales" de los derechos humanos en donde encontramos como específicos de la libertad, los referentes al derecho de libre determinación (Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada "Soberanía permanente sobre los recursos naturales", y Convención internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de los mercenarios), y libertad de asociación (Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de 1948, y Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949), esto no quiere decir que en otros instrumentos universales no existan disposiciones sobre la libertad.

Con el paso de los años y después de las Naciones Unidas surgió la Organización de Estados Americanos, en 1948, organismo regional más antiguo del mundo que construyó el sistema interamericano, del cual también emanaron los siguientes instrumentos internacionales referentes a la libertad: la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José– de 1969, que trata la prohibición de la esclavitud y servidumbre (artículo 6); la libertad personal (artículo 7); la libertad de conciencia y religión (artículo 12); la libertad de pensamiento y expresión (artículo 13); el derecho de reunión (artículo 15); la libertad de asociación (artículo 16); el derecho de circulación y de residencia (artículo 22) y los derechos políticos (artículo 23).

Por su parte, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador– de 1988, que comprende la libertad de trabajo (artículo 6); la libertad sindical (artículo 8); la libertad de educación (artículo 13) y la libertad cultural (artículo 14).

Del mismo modo, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994, que describe a la "desaparición forzada" como aquella privación ilegal de la libertad cometida por un agente del Estado; mientras que la Convención Interamericana para

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belem Do Pará– de 1994, escrito que pretende eliminar los factores culturales que atentan contra el goce y ejercicio de las libertades de la mujer, entre las cuales destacan la de asociación, la personal, la de religión y las políticas (artículo 4).

De los instrumentos internacionales citados tanto de la Organización de las Naciones Unidas, como de la Organización de Estados Americanos se desprende que hoy no existe una definición de libertad dentro de las normas internacionales, quizá por haberse considerado como un riesgo, debido a que el principio axiológico de la libertad evoluciona tan rápido e incluso a la par de las relaciones humanas, lo cual sólo le deja opción al legislador internacional de plantear poco a poco una tipología o clasificación de las libertades que con independencia las unas de las otras, sí podemos llegar a conceptualizar de la siguiente manera:

a) *Prohibición de esclavitud*, indica que nadie estará sometido excesivamente a la voluntad de otro sujeto en directa afectación a su dignidad humana ni a sus capacidades físicas e intelectuales. Debe aclararse que al ser plateada en forma de prohibición (no hacer), la transgresión a este principio se constituye como delito. De este tipo de libertad se desprenden: *i)* la trata de personas, que puede darse de esclavos, mujeres, menores; y *ii)* el trabajo forzoso u obligatorio, exceptuando los trabajos o servicios que se exijan a una persona recluida en cumplimiento de una pena que se realicen bajo la vigilancia y control sólo de las autoridades públicas, el servicio militar, el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y las obligaciones cívicas normales.

b) *Prohibición de servidumbre*, considerada a la par de la esclavitud pues es el sometimiento excesivo de una persona a la voluntad de otro sujeto, a lo que se le denomina servicio, que se da a cambio de una contraprestación de protección o un beneficio.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

c) *Libertad personal*, indica la protección de la ley para que nadie pueda ser molestado u atacado arbitrariamente en su vida privada, familia, domicilio, bienes, propiedad, correspondencia, comunicación, honra o reputación; sometido a detención, encarcelamiento o prisión arbitrarios e ilegales. Esta libertad se subdivide en **la prohibición de la privación ilegal de la libertad** ya sea de los menores de edad, en la que se han presentado los delitos de secuestro, venta y trata de niños para diversos fines o en cualquier forma; o la **desaparición forzada,** delito y crimen de lesa humanidad, derivado del arresto, detención, secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o ejecutado por personas que actúan con su autorización, seguido de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida.

Así, en caso de desaparición forzada el lugar de la privación de la libertad debe ser desconocido, se mantiene incomunicada a la víctima, y se agrava con el impedimento u obstrucción del derecho a interponer algún recurso ante autoridad competente por parte de la persona con interés legítimo (víctima). El **respeto a la privacidad,** que pone de relieve el respeto a la información personal, la de salud y la de rehabilitación, cabe resaltar que esta libertad evoluciona hasta llegar a la necesidad de la protección de datos personales, reconocida en el derecho internacional como tema aparte de la libertad y el *libre desarrollo personal*, que concede el derecho a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional.

d) *Libertad de tránsito*, es el derecho de toda persona a salir y entrar de cualquier país, cumpliendo con los requisitos mínimos que cada Estado establece para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de terceros, así como de circular libre-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

mente en el territorio de cualquier Estado. Por otra parte, la libertad de tránsito incluye a *i)* la **libertad de residencia,** que implica el derecho a elegir la residencia o lugar habitual para vivir en el territorio de un Estado; *ii)* el **derecho a la permanencia con los padres,** prohibición de separar al niño o menor de edad de uno o ambos padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en pro del interés superior del niño; *iii)* la **prohibición de extradición arbitraria,** que puede afectar a nacionales, trabajadores migratorios y sus familiares, y que exige que el caso de expulsión sea examinado y decidido individualmente, de conformidad con la ley por autoridad competente, además de comunicado de forma directa al sujeto. Aunado a esto, se ha llegado al extremo de prohibir expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya peligro posible de tortura; y *iv)* la **prohibición de traslado ilícito de menores,** que con la delincuencia organizada y las acciones de esclavitud del hombre respecto al hombre, se tuvo la imperiosa necesidad de tipificarlo como delito.

e) *Libertad de matrimonio*, es el derecho que ostentan los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, de contraer matrimonio, con el libre consentimiento de los futuros cónyuges contrayentes y de fundar una familia.

f) *Libertad de pensamiento*, derecho de carácter interno, que bien refería Platón, se encuentra en el mundo de las ideas, que implica el uso de las facultades de razonamiento humano. Esta libertad, en abstracto, logra comprenderse con la explicación de su propia tipología, en donde se encuentra *i)* la *libertad de conciencia*, reflejada en la facultad de razonamiento humano de saber distinguir entre el bien y el mal, derivada de los principios morales que generan convicciones propias; *ii)* la *libertad de religión*, donde se encuentra la libre determinación de creencias religiosas o culto y su

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

manifestación, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, la observancia y los ritos, que a su vez estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley para proteger la seguridad, el orden, la moral, la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás; y *iii)* la *libertad de opinión y de expresión*, unidas indisolublemente, ya que una conlleva a la otra, implica, en primera instancia, la libertad de buscar, investigar, recibir información e ideas y, en segunda, la de difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa, artística o especial (*verbi gratia*, el braille).

g) *Libertad de reunión pacífica*, referente al derecho de toda persona a convivir sin armas y en un mismo lugar, ya sea para la realización de estudios, actividades de esparcimiento o recreación, con las restricciones previstas por la ley, que protegen la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

h) *Libertad de asociación pacífica*, correspondiente al derecho que todo ser humano tiene de conformar personas jurídicas u asociaciones, o bien, afiliarse a alguna de éstas con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. De este derecho se desprende la **libertad sindical,** que reconoce el derecho de toda persona a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección, sean de carácter nacional o internacional.

i) *Libertad o derecho político*, contempla el derecho a participar en el gobierno y asuntos públicos de forma directa o por medio de representantes libremente escogidos.

j) *Libertad de trabajo*, representa la libre elección de trabajo (o actividad remunerada) y la oportunidad de ganarse la vida de una forma digna y decorosa a partir del desempeño de una actividad lícita. A través de su evolución en el tiempo se ha subclasificado en *i)* **libertad de esparcimiento**, que

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

es el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre y vacaciones que limita la carga horaria del trabajo, *ii)* la **prohibición de trabajo forzoso u obligatorio**, *iii)* la **prohibición de explotación económica y laboral del menor**, es decir; el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social de los menores de edad, *iv)* la **prohibición de uso de menores en el ilícito de drogas**, dando lugar a dos vertientes la motivación a los menores en el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas; o bien, el uso de niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias; *v)* la **prohibición de la explotación y abuso sexual de menores**, que puede presentarse en tres circunstancias diferentes: la incitación o la coacción para que un menor se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; la explotación de menores en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; y la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos; y *vi)* la **prohibición contra la explotación**, violencia y abuso de personas con discapacidad.

k) *Libertades económicas*, que en aras de separarse de la libertad personal y la de trabajo no ha adquirido aun una caracterización general, pero si ha dejado indicios de una de sus derivaciones la **libertad económica de transferencia y ahorro**, reconocida por el momento en instrumentos internacionales sólo para los trabajadores migratorios y sus familiares, como el derecho de disponer y transferir sus ingresos y ahorros, en pro del sustento de sus familiares y de evitar la doble tributación o la tributación excesiva.

l) *Libertad de educación*, concerniente al derecho de las personas (los padres o tutores legales en representación de menores o los adultos) a elegir el tipo de la instrucción elemental, fundamental, técnica y profesional, que ayude al pleno desarrollo de la personalidad humana. Aunado al derecho de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

respeten los principios generales de la educación que prescriba el Estado.

m) *Libertad cultural*, es el derecho a formar parte de la vida cultural de la comunidad en donde se radica, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, con la plena protección de los intereses morales y materiales correspondientes. De ésta se deriva la libertad de investigación, que impone el respeto a la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la actividad creadora.

n) *Autonomía o libre determinación de los pueblos*, facultad concedida a los pueblos o sociedades de establecer libremente su condición política, desarrollo económico, social y cultural; así como a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, con responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso que estén a su cargo.

o) *Prohibición de la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes*, derecho humano que se independizó de la libertad para conformar sus propias limitaciones, pero que llega a implicar violaciones a la libertad, contempladas como delito por su gravedad; así pues, la tortura ha sido concebida como todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves (físicos o mentales), con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, castigarla, intimidarla o coaccionarla; dichos dolores o sufrimientos deben ser infligidos ilegalmente por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas. Lo cual implica el sometimiento completo y por la fuerza de un ser humano a la voluntad de otro y otros, que en la mayoría de los casos conlleva a una privación ilegal de la libertad. Una derivación de este derecho es la **prohibición de sometimiento a experimentos médicos o científicos**.

Esta clasificación sobre las libertades, emanada de diversos instrumentos internacionales, se puede sintetizar como el reconoci-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

miento de la libertad adherido a sus diferentes limitaciones, lo que da pauta para entender la libertad como un principio axiológico de derechos humanos general, y uno de los postulados centrales de los diferentes sistemas de protección de derechos humanos que pretende la protección efectiva de la libertad. Lo anterior, desde la perspectiva internacional y sin dejar de lado la existencia de todo un sistema de protección de libertades generado por cada Estado soberano del mundo, como México, que en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estipula en lo general, la libertad como prohibición de la esclavitud y reconoce las libertades determinadas en los tratados internacionales ratificados; y en el resto del texto constitucional establece cánones constitucionales precisos para diversos aspectos de la libertad como: la autodeterminación de los pueblos indígenas (artículo 2, apartado A); libertad de educación (artículo 3); libertad de procreación (artículo 4, segundo párrafo); libertad de trabajo (artículo 5); libertad de expresión (artículo 6); libertad de imprenta (artículo 7); libertad de asociación y de reunión (artículo 9); libertad de posesión de armas (artículo 10); libertad de tránsito o movimiento y de residencia (artículo 11); prohibición de extraditar reos políticos (artículo 15); libertad personal (artículo 16); libertad religiosa (artículo 24) y libertad de concurrencia en el mercado (artículo 28).

III. Un concepto general de libertad útil para el derecho internacional

En los apartados anteriores se ha planteado un bagaje histórico, filosófico y normativo de la libertad, el cual en ningún momento pretende ser exhaustivo, y reconoce que representa sólo una mínima parte de lo que se ha dicho, planteado, analizado y estudiado sobre el tema por otros autores.

Lo primero que se tiene que comprender respecto de la libertad, es la inherencia del ser humano con este principio axiológico, porque nace de la característica racional del individuo, de la capacidad que tiene de enlazar su aspecto interno (mente) con lo externo que se identifica con las acciones que éste lleva a cabo para subsistir, que son vigiladas y limitadas por la dignidad humana. Una vez comprendida la complejidad del tema, se deben observar las estructuras sociales lla-

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

madas formas de Estado, sobre las que el hombre, a través del tiempo, ha tenido que adecuar su conducta para lograr su realización personal; es por ello que se planteó a la libertad como la lucha por un derecho individual frente a los Estados totalitarios y como la lucha por el reconocimiento de un derecho humano ante los Estados democráticos, y siempre planteando el límite del poder del Estado frente a los sujetos gobernados. Esto durante muchos años ha sido la perspectiva de la libertad, pese a su reconocimiento internacional, pero en el último siglo, la globalización y el impulso de los medios de comunicación ha eliminado las fronteras, metafóricamente hablando, dejando que las personas ya no sólo se relacionen con los sujetos más cercanos especialmente, sino que ha llevado a las relaciones humanas a un verdadero plano internacional.

Actualmente, no existe ningún texto legal, nacional o internacional que defina a la libertad; es verdad que muchos ordenamientos la reconocen pero ninguno ha tomado el riesgo de conceptualizarla, quizá porque implica la elaboración de un concepto general y lo suficientemente abstracto para que no pierda su vigencia, por lo cual se debe alejar de una tendencia descriptiva y acercar a la esencia del principio, esto nos daría como resultado un concepto más filosófico que jurídico. En este orden de ideas se puede extender la problemática e inferir que la dificultad de definir los derechos humanos radica en que las leyes han pretendido describirlos no desde la parte de la esencia sino desde sus características generales. Consecuentemente se ha producido toda una tipología o clasificación de los derechos humanos, así como de las libertades, sin definir el principio axiológico como tal; entonces, si lanzamos las preguntas ¿qué son los derechos humanos? y ¿qué es la libertad? nos enfrentamos a muchas respuestas que por lo general resultarán correctas, pero no completas y mucho menos unificadas; y aquí es de donde surge la necesidad de proponer una concepción sencilla de libertad.

La libertad es uno de los principios axiológicos torales de los derechos humanos, el poder o facultad de actuar u obrar de la persona que le confiere derechos y obligaciones dentro del marco de lo permitido, lo ordenado o lo prohibido; así como de dar, hacer o no hacer, que emana de la voluntad individual y de la colectiva (principio de mayoría),

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

generalmente reconocida y regulada en la ley, pero que difícilmente se abarcará en su totalidad dentro de los textos legales ya que depende de las relaciones humanas, y estas últimas evolucionan y cambian constantemente, por lo que debe limitarse para evitar que la acción destruya al individuo mismo o dañe a otro(s) o a su propiedad (entendida como todos los derechos), lo anterior con la finalidad de obtener justicia y paz. En síntesis, es la condición inmanente a los individuos, para "ser" humanos.

Fuentes consultadas

Bibliografía

Aristóteles (1989), *Ética nicomaquea*, México, Porrúa.

Bobbio, N. (1993), *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós-Universidad Autónoma de Barcelona.

Bohórquez Montoya, J. P. (2011), "Aproximaciones a la idea liberal de libertad", *VIA IURIS*, núm. 10, Bogotá, Fundación Universitaria los Libertadores, pp. 73-82.

Chavalier, J. (1958), *Historia del pensamiento I: el pensamiento antiguo*, Madrid, Aguilar.

Constant, B., (1977), "De la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos", *Anuario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm. 2-1975, México, UNAM, pp. 421-427.

Festugière, A. J. (1972), *Libertad y civilización entre los griegos*, Buenos Aires, Eudeba.

Frondizi, R. (2004), *Introducción a los problemas fundamentales del hombre*, México, Fondo de Cultura Económica.

Fustell de Coulanges, N. D. (1971), *La ciudad antigua*, México, Porrúa.

Gómez Robledo, A. (1994), *Sócrates y el socratismo*, México, Fondo de Cultura Económica.

González Pérez, L. R. (2012), "La libertad en parte del pensamiento filosófico constitucional", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 27, México, UNAM, pp. 135-164.

Grondona, M. (1986), *Los pensadores de la libertad*, Buenos Aires, Sudamericana.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Locke, J. (2006), *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*, Madrid, Tecnos.

Marías, J. (2001), Historia de la filosofía, Madrid, Alianza.

Mora Sifuentes, F. M. (2013), "Ideas de libertad y modelos de derechos fundamentales. Una aproximación", *Cuestiones constitucionales*, núm. 28, México, UNAM, pp. 171-210.

Petrie, A. (1972), *Introducción al estudio de Grecia*, México, Fondo de Cultura Económica.

Platón (2001a), "Fedón", *Diálogos*, tomo 5, México, Porrúa, pp. 21-112.

Platón (2001b), "La república o de lo justo", *Diálogos*, tomo 5, México, Porrúa, pp. 61-104.

Sanabria, J. R. (1979), *Introducción a la filosofía*, México, Porrúa.

Sófocles (2009), *Tragedias completas*, Madrid, Catedra.

Stuart Mill, J. (2008), *Sobre la libertad*, Madrid, Tecnos.

Villanueva, E. (2011), "Derecho y libertad", *Cuestiones constitucionales*, núm. 24, México, UNAM, pp. 293-313.

Legislación vigente

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Instrumentos internacionales

ONU

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984).

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (1992).

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990).

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv www.juridicas.unam.mx Libro completo en: https://goo.gl/CBnw7K

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Convención Internacional contra el Reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de los mercenarios (1989).

Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948).

OEA

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994).

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (1988).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994).

Otros documentos

Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949).

Resoluciones

AGNU (Asamblea General de las Naciones Unidas), "Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales", RES/1803 del 14 de diciembre de 1962.

DR © 2016. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

DIRECTORIO

PRESIDENTE
Baruch F. Delgado Carbajal

CONSEJEROS CIUDADANOS
Marco Antonio Macín Leyva
Martha Doménica Naime Atala
Luz María Consuelo Jaimes Legorreta
Miroslava Carrillo Martínez
Carolina Santos Segundo

PRIMER VISITADOR GENERAL
Miguel Angel Cruz Muciño

SECRETARIA GENERAL
María del Rosario Mejía Ayala

DIRECTOR GENERAL DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS
René Oscar Ortega Marín

CONTRALORA INTERNA
Angélica María Moreno Sierra

SECRETARIO PARTICULAR DEL PRESIDENTE
Edgar Adolfo Díaz Estrada

VISITADOR GENERAL SEDE TOLUCA
Víctor Leopoldo Delgado Pérez

VISITADOR GENERAL SEDE TLALNEPANTLA
Juan Manuel Torres Sánchez

VISITADOR GENERAL SEDE CHALCO
Erick Daniel Mendoza Legorreta

VISITADOR GENERAL SEDE NEZAHUALCÓYOTL
Carlos Felipe Valdés Andrade

VISITADOR GENERAL SEDE ECATEPEC
Gregorio Matías Duarte Olivares

VISITADORA GENERAL SEDE NAUCALPAN
Jóvita Sotelo Genaro

VISITADOR GENERAL SEDE ATLACOMULCO
Tlilcuetzpalin César Archundia Camacho

VISITADURÍA GENERAL DE SUPERVISIÓN PENITENCIARIA
Ricardo Vilchis Orozco

DIRECTOR DE LA UNIDAD JURÍDICA Y CONSULTIVA
Jesús Gabriel Flores Tapia

JEFE DE LA UNIDAD DE
INFORMACIÓN, PLANEACIÓN Y EVALUACIÓN
Everardo Camacho Rosales

JEFA DE LA UNIDAD DE COMUNICACIÓN SOCIAL
Sonia Silva Vega

DIRECTOR DEL CENTRO DE ESTUDIOS
Ariel Pedraza Muñoz

Fundamentos axiológicos de los derechos humanos. Órganos constitucionales y supranacionales se terminó de imprimir en junio de 2016 con un tiraje de 500 ejemplares.