



Volume 24

2019

Presidente Prudente/SP

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

ISSN 1516-8158 (físico)
ISSN 2176-848X (eletrônico)

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade anual

EDITORES

Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)
André Simões Chacon Bruno (USP)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

CONSELHO EDITORIAL

Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Daniel Brantes Ferreira (UERJ)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UNEMAT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

EQUIPE TÉCNICA

Ana Carla dos Santos Barboza (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)
Daniela Mutti (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca "Visconde de São Leopoldo" – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Sítio eletrônico

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS>

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 24 – 2019

Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo".
2019. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo
de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5
ISSN 1516-8158
ISSN 2176-848X (eletrônico)

Sumário/Contents

NOTA AO LEITOR.....	5
UMA BREVE ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO A PARTIR DE ALGIRDAS JULIEN GREIMAS	6
<i>Alexandre Simão de Oliveira Cardoso</i>	
O CONCEITO DE REGRA:UMA ANÁLISE CRÍTICA DA OBRA DE FREDERICK SCHAUER	27
<i>Felipe Rodolfo de Carvalho</i>	
RAZÃO TÉCNICA E RAZÃO COMUNICATIVA: AINDA SOBRE O “ROMPIMENTO” DE HABERMAS COM A PRIMEIRA GERAÇÃO DA TEORIA CRÍTICA	44
<i>Jonathas Vinicius Figueiredo Moraes</i>	
REVOLUÇÃO NA <i>TERRA PLANA</i> : CINISMO E TRANSFORMAÇÃO ADIADA.....	69
<i>Gabriel Mota Maldonado</i>	
MANIFESTAÇÕES DE 2013 E A ELEIÇÃO PRESIDENCIAL DE 2018: UMA REVOLUÇÃO QUE NÃO DEU CERTO?	87
<i>Ana Carolina Greco Paes</i>	
A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E NO MUNDO	105
<i>Ana Laura Perozo Bortolo</i> <i>Sérgio Tibirica Amaral</i>	
A FORÇA FORMAL CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	133
<i>Lucas Octavio Noya dos Santos</i>	
A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: AS SENTENÇAS E FORÇA NORMATIVA.....	162
<i>Sérgio Tibirica Amaral</i> <i>Ellãn Araújo Silva</i>	
A CAPACIDADE DO INCAPAZ NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	190
<i>Jesualdo Eduardo Almeida Junior</i>	

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO REAL DE LAJE E O DIREITO DE SUPERFÍCIE: UM INSTITUTO CRIADO PELA LEI 13465/17 ..209

Jacqueline Letícia Stachwski Dalago
Sarah Francine Schiriner

CONCURSO DE PESSOAS EM ACIDENTE DE TRANSITO: UMA PROPOSTA DA ALTERAÇÃO DO LEGISLATIVA231

Letícia Tavares Rodrigues
Douglas Barbosa da Silva
Guilherme Bittencourt Martins

SUBORDINACIÓN DE LA DEMOCRACIA INSTRUMENTAL A LOS DERECHOS HUMANOS254

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

LAS ANTINOMIAS DISCIPLINARES EN LA COMPRESIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA EXPERTICIAL ANTROPOLÓGICA287

Jacobo Mérida Cañaverál

LA PROMESA INCUMPLIDA DE LOS DERECHOS SOCIALES300

Talita Garza
Luís Gerardo Rodríguez Lozano

NOTA AO LEITOR

É com grande satisfação que oferecemos aos nossos leitores a 24ª edição da revista INTERTEMAS, que no ano de 2019 comemora 20 anos de existência.

Nessa edição comemorativa, citamos o professor Doutor Sebastião Jorge Chammé, fundador da revista INTERTEMAS, que, versando sobre a mesma, escreveu no ano de 1999 o seguinte: “todos os textos aqui contidos, um a um, estarão revelando ao leitor, a magia que tão bem a linguagem escrita é capaz de revelar”.

Seguimos, inspirados pela lição do Prof. Dr. Chammé, procurando entregar aos leitores artigos que reflitam discussões acadêmicas de qualidade. Todos artigos foram escritos por mestres e/ou doutores, sendo que quatro deles foram acompanhados de discentes orientandos destes pós graduados. A revista INTERTEMAS procura dar voz aos discentes que têm se empenhado em suas pesquisas.

Nesta edição comemorativa, foi dado enfoque à visão crítica do direito, abordada em artigos que tratam sobre a filosofia do direito, direitos humanos e direito civil. Contamos também com três artigos estrangeiros produzidos por pós graduados da Universidade Autônoma do México.

Por fim, buscando ampliar a divulgação e o acesso à pesquisa, esta edição sela a transição das revistas físicas para a plataforma digital como meio de divulgação da revista INTERTEMAS.

Desejamos a todos e todas uma ótima leitura.

A Comissão Editorial

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

SUBORDINACIÓN DE LA DEMOCRACIA INSTRUMENTAL A LOS DERECHOS HUMANOS

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez¹

RESUMO: A democracia é uma parte fundamental dos direitos humanos, seu aspecto substantivo representa direitos como liberdade de expressão, liberdade de reunião ou associação, liberdade de imprensa, direito à informação, discriminação não política, direito à educação, à proteção da saúde, à vida digna, à obtenção do mínimo vital, respeito pelas minorias, entre outros, em seu aspecto formal ou instrumental, acesso e permanência no poder público, direito de voto, Para serem votados, constituírem ou fazerem parte de agrupamentos políticos, essencialmente, ambas as facetas são a estrutura de qualquer sistema democrático, mas mesmo antes dessa acumulação de direitos, os órgãos públicos dos Estados devem respeitar os limites impostos em suas decisões e políticas. Não se tornar ditaduras que sujeitem minorias, tendo a obrigação de subtrair itens ocultos da agenda política, como a pena de morte, ou usar maiorias como ou meios, através de mecanismos de participação direta, a fim de justificar transgressões aos direitos humanos. Esta pesquisa utiliza o método dedutivo e a análise de conteúdo, através da revisão de legislação e doutrina, como jurisprudência. A questão da pesquisa a ser respondida nesta pesquisa é quais são os limites da democracia em relação aos direitos das minorias?

Palavras-chave: Democracia, Direitos Humanos; Corte Interamericana; Controle de Convencionalidade; Estado de Direito.

ABSTRACT: Democracy is a fundamental part of human rights, its substantive aspect represents rights such as freedom of expression, freedom of assembly or association, freedom of the press, right to information, non-political discrimination, the right to education, to the protection of health, to dignified life, to obtain the minimum vital, respect for minorities, among others, in their formal or instrumental aspect, access and permanence in public power, the right to vote, to to be voted, to constitute or be part of political groupings, essentially, both facets are the structure of any democratic system, but even before this accumulation of rights, the public bodies of the States must respect the limits imposed in their decisions and policies, to not to become dictatorships that subject minorities, by having the obligation to subtract veiled political agenda items, such as the death penalty, or use majorities as or means, through direct participation mechanisms, in order to justify transgressions to human rights. This research uses the deductive method and content analysis,

¹ Investigador del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel 1. Doctor en Derecho Público. Profesor e Investigador la Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas. <https://orcid.org/0000-0003-0367-4716>. Contacto: lazcanoalf14@hotmail.com

through the revision of legislation and doctrine, such as jurisprudence. The research question to answer in this research is what are the limits to democracy regarding minority rights?

Keywords: Democracy; Human Rights; Inter-American Court; Conventionality Control, Rule of Law

1 INTRODUÇÃO

La democracia es el gobierno de todos, es el poder que ejerce el pueblo, es la antítesis de la tiranía o de la dictadura o de la monarquía o de la oligarquía, es la posibilidad de participar en la toma de decisiones de una colectividad.

A lo largo de la historia han existido diversas formas de tomar decisiones, de gobernar o de ejercer el poder en las sociedades, sin que necesariamente estas maneras de hacer política tengan una evolución lineal, en la que los escalones avanzados de la cultura política impidan regresar a estadios superados, o que un modelo implantado sea homogéneo en otro lugar o tiempo, por ejemplo, desde Atenas a. C. ya se ejercía el poder de un modo democrático, pero no toda la población tenía derecho a votar, tampoco se puede decir que los sistemas actuales que se declaran democráticos sean análogos a los sistemas antiguos, ni siquiera los presentes son similares entre sí, como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica o el de México, tienen procedimientos que difieren para elegir a los gobernantes y el tiempo de duración en los cargos públicos, entre otras modalidades, a pesar de que están establecidos ambos como Estados federales, así como también hay distinciones en la evolución de políticas públicas de respeto y protección de los derechos humanos en las sociedades, desde el surgimiento del derecho natural hasta llegar al derecho convencional.

De una u otra manera han existido medios de control en la democracia:

Para salvaguardar la democracia, Clístenes estableció la ley sobre el ostracismo. Aquél ciudadano que sobresaliera en exceso, y del que se pensará que podría convertirse en tirano, era desterrado durante diez años, después de realizarse dos votaciones en la Asamblea. Primero, una vez al año, en la sexta pritanía, se

convocaba una asamblea para decidir si se debía proceder al ostracismo. Si era afirmativa, se reunía una segunda asamblea en la octava pritanía. En ella, cada ciudadano escribía el nombre de la persona que creía que debía ser desterrada en la óstraka. (BENÉITEZ, 2005, p. 37)

Han pasado monarquías teocráticas y constitucionales, oligarquías, tiranías, fascismo, apartheid, entre otras más, pero la forma de gobierno más aceptada y legítima de gobernar es la basada en el sistema democrático.

1.1 Aspecto instrumental

La democracia en sentido formal o instrumental se refiere a los procesos electorales en los que se designan a los representantes populares, a través del ejercicio del voto, de la posibilidad de ser votado, y el establecimiento de los partidos políticos, es decir, de cómo se accede al poder.

1.2 Aspecto sustantivo o material

La democracia sustantiva o material tiene que ver con la manera de cómo los representantes ejercen el poder público:

El establecimiento a nivel constitucional de un catálogo de derechos humanos añade una dimensión ya no formal, sino "sustancial" al régimen democrático, dado que nos indica lo que no pueden hacer los gobernantes y lo que no pueden dejar de hacer. (CARBONELL, 2013, p. 3)

1.3 Pueblo

La democracia es la única forma de gobierno en que el pueblo, en lugar de someterse a los dictados de alguien ajeno a él, permanece soberano, gobernándose a sí mismo. (SANTIAGO, 2017, p. 371). Por pueblo se entiende "el conjunto de los ciudadanos a los que les toca en última instancia en derecho de tomar las decisiones colectivas." (BOBBIO, 1989, p. 33)

1.4 Ciudadanía

La calidad de ciudadano es política, que otorga la posibilidad o el derecho de participar en las decisiones de la vida pública o común, destinada especialmente a los nacionales de un país.

1.5 Derechos políticos

El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el único que utiliza la palabra ciudadanos y dispone los derechos y oportunidades que deberán gozar sin restricciones: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH), denominado de los Derechos políticos, en forma afín que el pacto anterior dispone de los mismos derechos y agrega que la ley nacional puede reglamentar el ejercicio de éstos exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

1.6 Democracia representativa

La democracia representativa es la participación de los ciudadanos en el momento de elegir a los representantes populares, sea que se otorgue la posibilidad de contender por un cargo o intervenir en la elección de éstos, quienes deberán actuar en nombre y cuenta del pueblo.

Un sistema en el que las decisiones se toman o bien, en su forma directa, por acuerdo explícito de la mayoría del grupo relevante- el que puede estar dado por los afectados por tales decisiones-o si no, en su forma representativa, por individuos que son autorizados periódicamente por la

mayoría del grupo relevante para que adopten esa clase de decisiones. (SANTIAGO, 2017, p. 371)

1.7. Democracia participativa

La democracia participativa implica que los ciudadanos no sólo participen en la selección de sus representantes, sino que lo hagan también en la toma de decisiones directamente, a través de diversos mecanismos como el referéndum, el plebiscito, la consulta popular, la iniciativa ciudadana en la elaboración de proyectos legislativos, la acción popular, la revocación de mandato.

La democracia participativa supone pues la información, consulta, control e incluso decisión de la comunidad en directo sobre aspectos de las políticas públicas. Lo importante no son los mecanismos sino el fondo de la propuesta que consiste en la influencia real de la sociedad civil sobre la sociedad política. (PERAZA, 2005, p. 35).

Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos. (CORTE IDH, 2008, párrafo 147)

1.7.1 Revocación de mandato

Una forma de democracia participativa es la revocación de mandato, que consiste en la decisión de dar por terminado un cargo de elección popular antes de que concluya el periodo ordinario para el cual fue electo un representante popular.

Recientemente en México por 328 votos a favor, 151 en contra y 2 abstenciones, fue aprobada en el pleno de la Cámara de Diputados la iniciativa que busca reformar apartados de los artículos 53, 36, 41, 73, 99, 116, y 122 de la Constitución, “con la finalidad de instruir la figura de revocación de mandato”, por lo que pretende, de acuerdo con el texto discutido:

a) Establecer el derecho y obligación de votar en las consultas sobre revocación del mandato. Y entender esta como un medio de control constitucional de participación ciudadana, para destituir a los representantes de elección popular cuando lo soliciten los ciudadanos y haya transcurrido la mitad de su gestión.

b) Instruir la revocación de mandato mediante consulta ciudadana al Presidente de la República, los Diputados Federales, Senadores, Gobernadores de las entidades federativas, diputados locales, los integrantes de los ayuntamientos, el Jefe de Gobierno de la Ciudad de México y los integrantes de las alcaldías de esta.

c) Considerar que la solicitud de la aplicación de una consulta de revocación de mandato debe ser el equivalente al 2 por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, en la demarcación territorial correspondiente.

d) Implantar que el Instituto Nacional Electoral recibirá las solicitudes de revocación de mandato para verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Constitución y en las leyes en la materia; y organizará las consultas ciudadanas de revocación de mandato, así mismo, computará y hará la declaración de los resultados.

e) Establecer que el resultado de la consulta de la revocación sea vinculatorio, cuando participen al menos un tercio de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores. Y que el periodo sexenal del presidente sea de 6 años, salvo que exista un proceso revocatorio en su contra. Asimismo, una vez publicada la reforma, el Congreso de la Unión tendrá un plazo de 90 días para emitir la legislación que regule la figura (Cámara de Diputados, 2019).

La democracia participativa y la representativa no son excluyentes entre sí, pueden ser complementarias, no sólo previendo las formas de acceso al poder público a través de elecciones libres, y además previendo temas que

por su interés puedan someterse a mecanismo de participación ciudadana directa.

2 PUNTOS INICIALES DE LA DEMOCRACIA

Cuatro puntos pueden servir para determinar de manera inicial lo que es la democracia, uno es la participación sin distinción de todos los seres humanos en la elección de quien o quienes gobiernan, así como la posibilidad de ser elegido, principio de igualdad; dos, que dicha elección sea el único medio para acceder y ejercer el poder público; tres, que el poder público no se concentre en una sola persona, sino que se divida en diversas instituciones, estos tres puntos se refieren a la democracia en su aspecto formal o instrumental y cuatro, que la finalidad del poder público es el bien común y el respeto a los derechos humanos, democracia en su aspecto material o sustantiva.

2.1 Participación política

Se dice en las constituciones que la soberanía reside en el pueblo, también se habla de la autodeterminación de los pueblos. El concepto de pueblo presenta diversas ambigüedades como todo aquel que es genérico, por ejemplo la humanidad, los mexicanos, los colombianos, porque son abstracciones que no representan a nadie en particular, además que el régimen democrático permite la contienda de personas e ideas, lo que no implica, que en caso de no resultar electo o decidir por una postura contraria a la mayoría, la exclusión o privarse continuar como disidente o de intervenir en otra elección. Ser demócrata no quiere decir aniquilar al contrario, sino respetar las diferentes opiniones.

La participación en el proceso democrático, aun para expresar desaprobación, puede en sí misma implicar consentimiento hacia el resultado de ese proceso, y así la democracia sería la única forma de gobierno que garantiza que su producto –leyes, etc.- es consentido por aquellos a quienes se aplica (SANTIAGO, 2017, p. 378).

2.2 Minorías

Toda contienda electoral tiene como resultado que un candidato o candidatos logren el voto de la mayoría de los electores que sufragan y se les considere ganadores, así como los otros contendientes con menos aceptación, pasen a representar las ideas e intereses de las minorías, pero ello no quiere decir la extinción de la vida política de los vencidos, su tarea, desde la oposición, consiste fundamentalmente en cuestionar las políticas que consideren erróneas o injustas, es mas es factible que en otra contienda logren vencer y convertirse en la nueva mayoría.

Esta rotación del poder permite el desarrollo de la vida democrática de un país.

La "minoría política" constituye una garantía institucional de la Democracia constitucional, dado que la legítima las decisiones de la mayoría y hace posible los principios de alternancia, pluralismo, tolerancia y resguardo de las minorías, que se encuentran ínsitos en la propia definición de democracia (al menos, en la vertiente constitucional). (AMAYA, 2014, p. 33).

3 TRIADA DE LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

La democracia es el sistema de gobierno más afín a los derechos humanos, al grado de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) considera una tríada, que de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española significa: la "*acción y resultado de traer o transportar una cosa hacia el lugar desde el que se habla*", a la atracción de los derechos y libertades, de las garantías de éstos y del Estado de derecho a la sociedad democrática.

La Corte IDH ha establecido que "[e]n una sociedad democrática los *derechos* y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada", en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros. Al ponderar la importancia que tienen los *derechos* políticos la Corte observa que incluso la Convención, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y

la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos. (2005, párrafo 191)



En el artículo 3º de la Carta Democrática Interamericana se reitera la vinculación de la democracia representativa a los derechos humanos y al Estado de derecho:

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

3.1 Estado de Derech

El estado de derecho representa el respeto fiel a los mandamientos de la ley, nace como respuesta a los gobiernos absolutistas para limitar el ejercicio del poder y que no fuera despótico ni arbitrario. Así nace el liberalismo cuya esencia es la menor participación del Estado y la plena libertad de las personas, al reducir la actividad del poder público a la seguridad, y a la sociedad, conocido al Estado como gendarme, pero además el reconocimiento de los derechos naturales, incluso se afirma que son anteriores al propio Estado y por lo mismo, no deberían dictarse normas que fueran contrarias a éstos por ser irrenunciable, imprescriptibles e inmutables.

Es preciso señalar que el Estado de derecho se identifica con el Estado liberal, que posteriormente evoluciona al Estado constitucional de Derecho, así como al Estado social de derecho constitucional para llegar al Estado convencional de derecho.

3.2 Derechos humanos

En la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776 se reconocen los derechos naturales, además de la forma de que cómo se elige a los representantes del pueblo y cómo deben gobernar:

Sostenemos que estas verdades son evidentes en sí mismas: que todos los Hombres son creados iguales, que su Creador los ha dotado de ciertos Derechos inalienables, que entre ellos se encuentran la Vida, la Libertad y la Búsqueda de la Felicidad. Que para asegurar estos Derechos se instituyen Gobiernos entre los Hombres, los cuales derivan sus Poderes legítimos del Consentimiento de los Gobernados; que el Pueblo tiene el derecho de cambiar o abolir cualquier otra Forma de Gobierno que tienda a destruir estos Propósitos, y de instituir un nuevo Gobierno, Fundado en tales Principios, y de organizar sus Poderes en tal Forma que la realización de su Seguridad y Felicidad sean más viables. La Prudencia ciertamente aconsejará que Gobiernos establecidos por bastante tiempo no sean cambiados por Causas triviales y efímeras; y como toda Experiencia lo ha demostrado, la Humanidad está más dispuesta al sufrimiento mientras el Mal sea soportable, que al derecho propio de abolir las formas a las que se ha acostumbrado. Pero cuando una larga sucesión de abusos y usurpaciones, todos ellos encaminados de manera invariable hacia el mismo objetivo, revelan la intención de someter a dicho Pueblo al absoluto Despotismo, es su Derecho, es su Deber, derrocar a tal Gobierno y nombrar nuevos Guardianes de su futura Seguridad. Tal ha sido el paciente Sufrimiento de estas Colonias; y tal es hoy la Necesidad que las obliga a modificar sus anteriores Sistemas de Gobierno. La Crónica del actual Rey de Gran Bretaña es una Crónica de repetidas Injurias y Usurpaciones, todas ellas dirigidas al Establecimiento de una Tiranía absoluta sobre estos Estados. Para probar esto, exponamos los Hechos a un Mundo sincero.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el preámbulo se dice:

Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.

Esta declaración es de suma importancia para la democracia, toda vez que como se desprende del texto anterior los que deciden ahora lo hacen como representantes del pueblo, además se divide el ejercicio del poder, sin que se incluya al judicial y reconocen que hay ciertos derechos que le corresponde al hombre los cuales son inalienables y sagrados.

Los derechos humanos son las prerrogativas básicas² cuya finalidad es alcanzar las potencialidades individuales y colectivas fundadas en la dignidad humana, cuyo principal obligado es el Estado, así como cualquier persona que tenga poder de afectación.

El sistema democrático tiene como eje central la participación sin límites de la población en las decisiones fundamentales, si bien es cierto, la que más se ha desarrollado es la parte instrumental de la democracia, es decir, el acceso al poder, ya que una vez ostentando el control político el partido o la persona electa, gobierna a su discreción, de manera diferente a sus antecesores a pesar de contar con el mismo deber de garantizar y proteger la eficacia de los derechos humanos.

Sin embargo, el régimen democrático no es una garantía por sí mismo para asegurar el respeto a los derechos humanos, porque la decisión de las mayorías, cuando no es controlada puede convertirse en una dictadura que oprima a las minorías.

² En el derecho internacional de los derechos humanos o derecho convencional de los derechos humanos se establecen estándares mínimos de protección.

En el artículo 7º de la Carta Democrática Interamericana se plantea la importancia de democracia y los derechos humanos:

La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.

La fórmula de la democracia es cuantitativa, gana el quien tenga más adeptos y participen en la elecciones. La fórmula de los derechos humanos es cualitativa, es valorativa porque su fundamento es la dignidad, en el respeto del ser humano tanto en lo individual como en lo colectivo.

Una de las funciones principales de los derechos humanos es que cuando sean trasgredidos se investigue, identifique y sancione a los responsables de ello, además de que se establezcan garantías de no repetición para prevenir futuras violaciones.

La Corte IDH estima que sobre los Estados Partes recae la obligación de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos. Con base en esta obligación, el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que ha sido definida como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana" (2001, párrafo 186).

Hoy, las fuentes jurídicas donde se encuentran plasmados los derechos humanos son diversas, no sólo en las leyes, en las constituciones, en las convenciones, también en las interpretaciones a estos instrumentos que realizan los órganos jurisdiccionales nacionales y convencionales, por lo cual, son instrumentos vivos, en evolución, en desarrollo como respuesta a las vicisitudes reales que enfrenta el ser humano en la realidad.

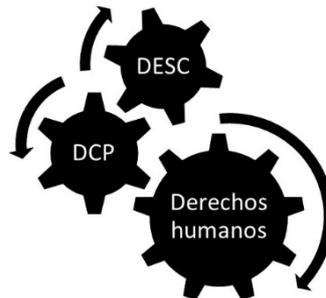
La Corte IDH ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de

derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (2012, párrafo 83).

El impacto de la noción de derechos humanos al ser un concepto histórico, no siempre ha existido como tal y con las dimensiones que en el presente tiene, es factible decir que nos encontramos en una etapa de positivación de los derechos humanos, que se inicia a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, primero como una fuente ética y posteriormente jurídica, que ha dado como resultado múltiples tratados internacionales, así como organismos a nivel universal y regional, cuya función principal es la eficacia de los derechos humanos.

En el continente americano, por ejemplo, el sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es un ejemplo de la noción en desarrollo constante de los derechos humanos.

El SIDH es abierto y dinámico porque no sólo está conformado con las normas, principios y directrices plasmados en los tratados internacionales, sino su alcance se va nutriendo con la interpretación y aplicación que hacen las instituciones de supervisión, esencialmente la Corte IDH. (MARTÍNEZ LAZCANO, 2015, p. 185)



Un punto importante al ser un concepto vivo los derechos humanos, su campo o perímetro van sumando a esta categoría nuevos derechos, es decir

tiene un efecto expansivo de protección, poco a poco su manto va creciendo, ahora es factible exigir la previa consulta a las poblaciones indígenas cuando se intenta afectar a sus tierras ancestrales y sus recursos naturales, el matrimonio entre personas del mismo sexo, el derecho al agua y a su saneamiento, a un medio ambiente sano, a la paz, entre otros tanto más.

Las nuevas reivindicaciones que, de un modo continuo y consistente, se van manifestando en las sociedades desarrolladas del siglo XXI no son nuevas fronteras de los nuevos derechos humanos: un concepto casi necesariamente expansivo, destinado a ir adquiriendo nuevas competencias progresivamente, a ampliar su campo de acción de un modo irreversible a través de la historia. (HERNÁNDEZ, 2010, p. 15)

Los derechos humanos son prerrogativas de especie, que han ido formando parte de la cultura humana, mediante otorgamiento y reconocimiento a lo largo de la historia de la humanidad, sin que implique que por el hecho de que se legisle a favor de su exigencia jurídica se logre por sí mismo vigencia práctica.

Desde la convivencia más pequeña entre dos personas o en las colectividades de cualquier dimensión, hasta los Estados, los esfuerzos internacionales no han sido suficientes para erradicar la desenfrenada ambición, ni la corrupción de los pseudo regímenes democráticos.

Instaurar las condiciones jurídicas para combatir la intolerancia ideológica, los atropellos, combatir la pobreza, erradicar cualquier tipo de esclavitud, la expedites en el acceso a la justicia eficaz, a la educación, a la protección de la salud, contar con vivienda digna, vivir en un entorno natural y adecuado para el desarrollo de la vida, el acceso al trabajo remunerado que permita adquirir satisfactores básicos como mínimo.

Una de las características de los derechos humanos es la progresividad o la no regresividad de los avances que se tengan en su protección, peculiaridad que se relaciona con el aspecto expansivo constante en el que se desarrollan los derechos humanos.

[...] el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que "las

medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga". En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá "determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso" [...] (CORTE IDH, 2009, párrafo 103).

3.3. Garantías de no protección

El tema de las garantías de no repetición es fundamental y es el impacto mayor de las sentencias que dicta la Corte IDH en la protección de derechos humanos, porque dentro de las consecuencias del fallo no sólo se busca resolver el caso concreto sino prevenir situaciones similares mediante la adopción de todas las medidas legales, administrativas necesarias para cumplir con el compromiso internacional de garantizar los derechos y libertades previsto en la Convención ADH, además de adecuar el sistema nacional a los parámetros interamericanos.

En casos como el presente, las garantías de no repetición adquieren una mayor relevancia como medida de reparación, a fin de que hechos similares no se vuelvan a repetir y contribuyan a la prevención. En este sentido, la Corte IDH recuerda que el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las descritas en este caso y, por ello, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de los defensores de derechos humanos, de conformidad con las obligaciones de respeto y garantía dispuestas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención (2013, párrafo 234).

4 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Este tipo de organización política establece que toda norma debe estar subordinada a la Constitución y cualquier disposición que sea contraria a la Carta Magna debe carecer de validez. Además de crear mecanismos

jurisdiccionales para garantizar el principio de supremacía constitucional. Siendo precisamente la Constitución un sistema de límites y vínculos a cualquier poder (FERRAJOLI, 2000, p. 157).

Más adelante en la misma declaración, sin que se diga la palabra democracia se establecen los puntos esenciales de ésta, al precisar en los tres primeros artículos:

Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común. La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. El principio de toda Soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella.

Este inicio limitado del Estado y la de “plena” libertad a la población, fue una respuesta a la coyuntura política que se vivía, que requería de un poder limitado a la tarea de policía, dividido para evitar la concentración de la autoridad y el origen del liberalismo económico.

La doctrina política del liberalismo se había fundado en el deber de los gobernantes de restringir el ejercicio del poder público en la existencia de derechos naturales, y por ello inviolables, de los individuos (BOBBIO, 1989, p. 69).

Lo que se pensó, y todavía muchos lo siguen creyendo, es que una vez elegidos los representantes populares sólo iban a crear leyes que beneficiaran a la comunidad, es decir, bastaba que el órgano competente creará la ley y se cumpliera con el procedimiento de elaboración de la misma, para inferir que ésta debía ser obedecida por considerarse adecuada.

En el paradigma paleopositivista del Estado liberal, la ley, cualquiera que fuese el contenido, era considerada la fuente suprema e ilimitada del derecho (FERRAJOLI, 2000, p. 164).

4.1 Estado social de derecho

El Estado social de derecho evoluciona en los fines del poder público, al reconocer la necesidad de proteger a la población que sus condiciones socioeconómicas no tienen oportunidades de desarrollo para alcanzar las potencialidades de todo ser humano, entre ellas garantizar la subsistencia y crecimiento intelectual individual, cuya esencia son los derechos humanos sociales económicos y culturales (DESC).

Los DESC tienen sus raíces en la ideología socialista y comunista, en su momento Karl Marx criticó los derechos consagrados en la Declaración de Hombre y del Ciudadano de 1789, que incluía sólo derechos civiles y políticos sin considerar a los DESC, tal postura se aprecia en su obra *Sobre la cuestión judía* de 1844:

Los llamados derechos humanos, los droits de l'homme, no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad burguesa, es decir del hombre egoísta, separado del hombre y de la comunidad. (MARX, 2016, 45)

Acertada visión de Marx, ya que los derechos del hombre sólo limitaban a proteger a la parte de la sociedad que se encontraba o se encuentra en condiciones de adquirir y mantener riqueza, menospreciando u olvidándose de la gran mayoría de la población que no había corrido con la misma "suerte" de nacer con las mismas oportunidades de desarrollo, así se proclamó la "libertad de los pobres".

Los DESC, a su vez se subdividen en tres categorías derechos económicos, derechos sociales y derechos culturales, que en esencia tienen el valor de la no discriminación y la igualdad.

El modelo de Estado social y democrático de derecho es el único donde puede desenvolverse una sociedad democrática, sería limitativo en el sentido de que hay Estados que a pesar de no contar con alguna de las variables de este término, procuran tener un profundo apego al Estado de derecho, respeto a los valores sociales y sostener una forma de vida democrática. (GUZMÁN, 2010, p. 171.)

El Estado mexicano ha establecido los alcances e interpretación del concepto del derecho al mínimo vital:

En el orden constitucional mexicano, el derecho al "mínimo vital" o "mínimo existencial", el cual ha sido concebido como un derecho fundamental que se apoya en los principios del Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y protección de ciertos bienes constitucionales, cobra vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, particularmente en sus artículos 1o., 3o., 4o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123; aunado al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscritos por México y constitutivos del bloque de constitucionalidad, y conformados por la satisfacción y protección de diversas prerrogativas que, en su conjunto o unidad, forman la base o punto de partida desde la cual el individuo cuenta con las condiciones mínimas para desarrollar un plan de vida autónomo y de participación activa en la vida democrática del Estado (educación, vivienda, salud, salario digno, seguridad social, medio ambiente, etcétera.), por lo que se erige como un presupuesto del Estado democrático de derecho, pues si se carece de este mínimo básico, las coordenadas centrales del orden constitucional carecen de sentido. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, en la Observación General No. 3 de 1990, ha establecido: "la obligación mínima generalmente es determinada al observar las necesidades del grupo más vulnerable que tiene derecho a la protección del derecho en cuestión". 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, tomando en consideración los elementos necesarios para su aplicación adecuada a casos particulares, por lo que debe estimarse que el concepto no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que por el contrario, es cualitativa, toda vez que su contenido va en función de las condiciones particulares de cada persona, de esta manera cada gobernado tiene un mínimo vital diferente; esto es, el análisis de este derecho implica determinar, de manera casuística, en qué medida se vulnera por carecer de recursos materiales bajo las condiciones propias del caso (SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, 2013, p. 1345).

4.2. Republicanismo

Es así que la democracia, pensada desde las distintas filosofías políticas, adquiere distintas posturas hacia los derechos humanos. Mientras que al liberalismo libertario le bastan los derechos civiles y políticos, el republicanismo demanda el desarrollo cabal de los individuos, que a su vez requiere del cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. Esto es así porque el desarrollo integral de los individuos requiere necesariamente de una buena salud, educación y pertenencia a sistemas culturales, para lo cual se requieren acciones positivas mediante políticas públicas que garanticen estos derechos a todos los individuos. (VILLASENOR, 2015, p. 12).

La república y la democracia no son palabras analógicas, la república es el gobierno de la ley y la democracia del pueblo, sin embargo, son complementarias, así el Republicanismo se basa en el conjunto de los siguientes principios:

División de poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial)
Elección de los gobernantes por los ciudadanos con base a los principios jurídicos establecidos previamente de acuerdo a los principios de la democracia.
Poder del gobernante limitado acorde al ordenamiento jurídico positivo, es decir, que respeta las normas jurídicas que son hechas por los seres humanos para su propia Sociedad.
El gobernante debe rendir cuentas de sus decisiones y sus actos deben ser públicos.
Existencia de organismos de control que defiendan no sólo el buen funcionamiento de las instituciones sino el respeto de los derechos de los ciudadanos.
Elección popular y alternativa en el ejercicio de los cargos públicos.
Respeto de la sociedad en su conjunto a la Constitución Política y a las normas que estructuran la misma organización social.
Fortalecimiento por parte del Estado del principio de "equidad" social que busca ofrecer el mayor número de oportunidades para todos los ciudadanos de acuerdo a sus propias capacidades, necesidades e intereses.
Práctica de la deliberación, tolerancia ante las ideas opuestas y la posibilidad de participación de las diversas tendencias políticas en el gobierno.
Búsqueda de un bienestar colectivo.
El estado propende por el fortalecimiento de la autonomía de los ciudadanos.
Libertad de los ciudadanos basada en el ordenamiento jurídico. (BARBOSA, MORENO y PARRA, 2018, p. 19)

4.3 Estado convencional de derecho

Este sistema parte de la aceptación de diversos Estados que se obligan a cumplir reglas, principios y directrices comunes, además de crear mecanismos jurisdiccionales para garantizar el principio de supremacía de los derechos humanos.

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos (CORTE IDH, 2006, párrafo 129).

4.4 Impunidad

La impunidad representa el no castigo o sanción a los responsables de cometer conductas ilícitas, sea que se cometan delitos, infracciones o cualquier acto u omisión reprobable por el derecho y que tal conducta sea punible.

La Corte IDH ha sostenido que la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo no se reduce simplemente a la mera existencia de tribunales o procedimientos formales.³

Un razonamiento más amplio, respecto a este tema establece que:

La Corte IDH estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención ADH, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención ADH. Es por ello que los Estados Partes en la Convención ADH que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención ADH (2001, párrafo 43)

Si se considera que el término amnistía, según el Diccionario de la Real Academia Española, es definido como el "*perdón de cierto tipo de delitos, que extingue la responsabilidad de sus autores*" (2014), en este caso por autoamnistía debe entenderse el olvido y perdón de delitos, auto concedido por el propio represor, quienes utilizando su posición desde las esferas del poder buscan generar leyes que les otorguen completa impunidad, sobre actos cometidos en el pasado.

En criterios jurisprudenciales la Corte IDH ha establecido que:

³ Sobre esta idea, véase Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, Párrafos 66-68 y Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párrafos 261-263.

Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención ADH. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente (2001, párrafo 43).

En este tenor, si un Estado emite, acepta o reafirma leyes de autoamnistía, incumple con la obligación de garantizar e investigar, estipulada en el artículo 1.1 de la Convención ADH, pues al no permitir la identificación de los culpables y con ello la reparación debida de los daños, queda invalidada la protección judicial otorgada en el artículo 25 de la citada Convención ADH.

En el ámbito de los derechos humanos es de descartar que los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que han sido condenados, el incumplimiento a los fallos en mayor proporción se debe a la falta de investigaciones serias, necesarias para sancionar a los violadores de derechos humanos, el *mayor impacto en el seguimiento de la Corte [IDH] ante la orden de acusación y sanción de los responsables de la violación; en 2006 existía un 73,8% de incumplimiento.* (VIVAS, 2015, p. 28)

5 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control difuso de convencionalidad es una obligación de los servidores públicos o agentes de los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de privilegiar la protección de los derechos humanos de acuerdo a la mayor protección posible, sea de fuente del catálogo convencional o constitucional.

La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales

(convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional (LAZCANO, 2014, p79).

Dicho “control de convencionalidad” se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto. Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un *ius commune* interamericano, en materia de derechos personales y constitucionales. (SAGUES, 2010, pp. 117-136)

El control de convencionalidad ha quedado definido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, en el Derecho interno de los Estados parte de aquella (IBÁÑEZ, 2015, p. 49).

5.1 Delitos contra la humanidad

Son conductas graves que inciden en los derechos humanos que pueden cometer los que detentan el poder sobre la colectividad o una parte de ella, que son sancionados por el derecho internacional, estos delitos son el genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra; de agresión, como lo prevé el artículo 5º del Estatuto de Roma, por el cual se creó la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998, cuya sede es en La Haya, Holanda.

Algunos de los delitos que describe el Estatuto de Roma son:

5.1.1 Genocidio

Es cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

a) Matanza de miembros del grupo;

- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

5.1.2 Crimen de lesa humanidad

Es cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

5.1.3 Ataque contra una población civil

Se entenderá la línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

a) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

b) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

c) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

d) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

e) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

f) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

g) Por “crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y

dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

h) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

6 DEMOCRACIA COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La historia de los derechos humanos no es lineal o progresiva, porque no significa que cada etapa de la humanidad se erradique de manera definitiva las trasgresiones anteriores a pesar de que se cree legislación para ello, la inequidad es cíclica, hay gobiernos que se sustentan en sus constituciones como regímenes democráticos y reconocen los derechos humanos, no garantizan la eficacia en la vida social, sino por el contrario, algunos de forma sistemática o generalizada violan derechos humanos, como es el caso de Venezuela, Nicaragua, México, entre otros.

Ni los instrumentos de participación democrática directa de los ciudadanos son suficientes para proteger los derechos humanos eficazmente.

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera

de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”. Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales (CORTE IDH, 2011, párrafo 239).

Los tribunales nacionales se han pronunciado sobre la base de las obligaciones internacionales, respecto de los límites sea del poder legislativo sea de los mecanismos de la democracia directa:

a) La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica el 9 de agosto de 2010 declaró que no era constitucionalmente válido someter a consulta popular (*referéndum*) un proyecto de ley que permitiría la unión civil entre personas del mismo sexo, que se encontraba en trámite ante la Asamblea Legislativa, por cuanto tal figura no podía ser utilizada para decidir cuestiones de derechos humanos garantizados en tratados internacionales. Al respecto, la Sala Constitucional señaló que “*los derechos humanos establecidos en los instrumentos del Derecho Internacional Público - Declaraciones y Convenciones sobre la materia-, resultan un valladar sustancial a la libertad de configuración del legislador, tanto ordinario como, eminentemente, popular a través del referéndum. [...] el poder reformador o constituyente derivado -en cuanto poder constituido- está limitado por el contenido esencial de los derechos fundamentales y humanos, de modo que, por vía de reforma parcial a la constitución, no puede reducirse o cercenarse el contenido esencial de aquellos [...]. Es menester agregar que los derechos de las minorías, por su carácter irrenunciable, constituyen un asunto*

eminentemente técnico-jurídico, que debe estar en manos del legislador ordinario y no de las mayorías proclives a su negación” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Sentencia No2010013313 de 10 de agosto de 2010, Expediente 10-008331-0007-CO, Considerando VI.

b) La Corte Constitucional de Colombia señaló que un proceso democrático requiere de ciertas reglas que limiten el poder de las mayorías expresado en las urnas para proteger a las minorías: *“la vieja identificación del pueblo con la mayoría expresada en las urnas es insuficiente para atribuir a un régimen el carácter democrático que, actualmente, también se funda en el respeto de las minorías [...], la institucionalización del pueblo [...] impide que la soberanía que [...] en él reside sirva de pretexto a un ejercicio de su poder ajeno a cualquier límite jurídico y desvinculado de toda modalidad de control. El proceso democrático, si auténtica y verdaderamente lo es, requiere de la instauración y del mantenimiento de unas reglas que encaucen las manifestaciones de la voluntad popular, impidan que una mayoría se atribuya la vocería excluyente del pueblo [...]”*. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 de 2010 de 26 de febrero de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por medio de la cual se decide sobre la constitucionalidad de la ley 1354 de 2009, de convocatoria a un referendo constitucional.

c) La Constitución Federal de la Confederación Suiza señala en su artículo 139.3 lo siguiente: *“cuando una iniciativa popular no respete el principio de unidad de la forma, el de unidad de la materia o las disposiciones imperativas de derecho internacional, la Asamblea federal la declarará total o parcialmente nula”*. El Consejo Federal de Suiza, en un reporte de 5 de marzo de 2010 sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, se pronunció sobre las normas que considera como normas imperativas del derecho internacional. En ese sentido, señaló que estas normas serían: las normas sobre prohibición del uso de la fuerza entre Estados, las prohibiciones en materia de tortura, de genocidio y de esclavitud, así como el núcleo del derecho internacional humanitario (prohibición del atentado a la vida y a la integridad física, toma de rehenes, atentados contra la dignidad de las personas y ejecuciones efectuadas sin un juicio previo realizado por un tribunal regularmente constituido) y las garantías intangibles del Convenio Europeo de

Derechos Humanos.

d) La jurisprudencia de varios tribunales de Estados Unidos, como por ejemplo en los casos *Perry vs. Schwarzenegger*, en donde se declara que el referéndum sobre personas del mismo sexo era inconstitucional porque impedía al Estado de California cumplir con su obligación de no discriminar a las personas que deseaban contraer matrimonio de conformidad con la Enmienda 14 de la Constitución. A ese propósito, la Corte Suprema expresó *“los derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones”*. *Perry vs. Schwarzenegger (Challenge to Proposition 8) 10-16696*, Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, Estados Unidos. En el caso *Romer vs. Evans*, la Suprema Corte anuló la iniciativa que habría impedido a los órganos legislativos adoptar una norma que protegiera a los homosexuales y lesbianas en contra de la discriminación. *Romer, Governor of Colorado, et al. vs. Evans et al. (94-1039), 517 U.S. 620 (1996)*. Suprema Corte de Estados Unidos. Por último, en el caso *West Virginia State Board of Education vs Barnette*, la Suprema Corte de Estados Unidos determinó que el derecho a la libertad de expresión protegía a los estudiantes de la norma que los obligaba a saludar a la bandera de Estados Unidos y de pronunciar el juramento de fidelidad a la misma. En ese orden de ideas, la Corte afirmó que el propósito esencial de la Carta Constitucional de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de las controversias políticas, colocándolos fuera del alcance de las mayorías y funcionarios, y confiriéndoles el carácter de principios legales para ser aplicados por los tribunales. El derecho de las personas a la vida, libertad y propiedad, a la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de culto y de reunión, y otros derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones”.

e) La Corte Constitucional de la República de Sudáfrica negó un referéndum sobre la pena capital por considerar que una mayoría no puede decidir sobre los derechos de la minoría, la que en este caso fue identificada por la Corte como las personas marginalizadas por la sociedad, las personas que podrían ser sometidas a esta pena corporal: *“[...] De la misma manera la cuestión de constitucionalidad de la pena capital no puede ser sometida a un*

referendo, en donde la opinión de una mayoría prevalecería sobre los deseos de cualquier minoría. La razón esencial para establecer el nuevo orden legal, así como para investir del poder de revisar judicialmente toda legislación en las tribunales, es proteger los derechos de las minorías y otras personas que no están en condición de proteger adecuadamente sus derechos a través del proceso democrático. Los que tienen derecho a reclamar esta protección incluye a los socialmente excluidos y las personas marginadas de nuestra sociedad. Únicamente si hay una voluntad de proteger a los que están en peores condiciones y a los más débiles entre nosotros, entonces podremos estar seguros de que nuestros propios derechos serán protegidos. [...]

f) La Corte Constitucional de Eslovenia, en el caso de los llamados “*Erased*” (personas que no gozan de un status migratorio legal), decidió que no es posible realizar un referéndum sobre los derechos de una minoría establecida; en concreto, la Corte anuló un referéndum que pretendía revocar el estatus de residencia legal de una minoría. En ese sentido, el tribunal señaló: *“los principios de un Estado gobernado por el principio de legalidad, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la dignidad personal y seguridad, el derecho a obtener compensaciones por violaciones de derechos humanos, y la autoridad de la Corte Constitucional, deben ser priorizados por encima del derecho a la toma de decisiones en un referendo”* (CORTE IDH, 2011).

Hay temas que no pueden ser cuestionados o revisados por la democracia directa, porque su decisión *a priori* viola derechos humanos, por lo que no hay ninguna medida, desde el punto de vista cuantitativo que justifique su violación.

Los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales —a la salud, la educación, la seguridad social y la subsistencia— que cualquier mayoría está obligada a satisfacer (FERRAJOLI, 2000, p. 159).

7 A MANERA DE CONCLUSIONES

Los avances que ha tenido el régimen democrático a lo largo de la historia de la organización política de las sociedades, es el más acorde a los estándares de protección de derechos humanos, que se ha instaurado para prevenir violaciones a los derechos naturales o humanos, pero que hoy es parte de la llamada “*triada*” prevista por la Corte IDH, aunado a la garantía en el amparo en la tutela de los mismos derechos, además del Estado convencional de derecho, sin embargo, los órganos públicos de los Estados deben respetar los límites impuestos en sus decisiones y políticas, para no convertirse en dictaduras que sometan a las minorías, al tener la obligación de sustraer temas de la agenda política vedados ni aún someterlos a los mecanismos de la democracia directa como el perdón de los crímenes contra la humanidad previstos en el Estatuto de Roma, esta determinación debe realizarse mediante el control difuso de convencionalidad al que están obligados todos los agentes de los Estados. La principal fuente de las restricciones a los regímenes democráticos en el ejercicio del poder son los derechos humanos de fuente convencional.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Doctrina

AMAYA, J. A. (2014) Democracia y minoría política, Astrea, Buenos Aires.

BARBOSA, H., MORENO ALFONSO, R. y PARRA SALAS, D. (2018), Introducción a la cátedra republicana, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.

BENÉITEZ, B. (2005) La ciudadanía de la democracia ateniense, *Foro Interno*, vol. 5, Madrid.

BOBBIO, N. (1989) Liberalismo y democracia, Fondo de Cultura Económica, México.

CARBONELL, M. (2013) Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad, IJ-UNAM, México.

FERRAJOLI, L. (2000) El garantismo y la filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

GUZMÁN BRITO, A. (2010) El derecho, ¿ciencia humanística o social? y otros problemas, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Santiago, no. 12.

IBÁÑEZ, J. M. (2015) Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.

HERNÁNDEZ CRUZ, A. (2010) Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano, UNAM, México.

LAZCANO, A. J. El control difuso de convencionalidad y su recepción en México. *Revista jurídica valenciana*, 2014, no 31, p. 79.

MARTÍNEZ LAZCANO, A. J. (2015) Sistemas regionales de protección de derechos humanos, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.

MARX, K. (2017) Páginas malditas Sobre La cuestión judía y otros textos, Libros de Anarres, Buenos Aires, http://gci-icg.org/spanish/paginas_malditas.pdf.

PERAZA, A. (2005) Democracia participativa y derechos humanos. Universidad Andina Simón Bolívar.

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/745/1/RAA-13-Peraza-Democracia%20participativa%20y%20derechos%20humanos.pdf>.

SANTIAGO NINO, C. (2017) Ética y derechos humanos, 2da. Edición, Astrea SRL, Argentina.

SAGUES, N. P. (2010) International obligations and “conventionality control”. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 8, n. 1, p. 117-136, Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-

VILLASENOR ALONSO, I. (2015) La democracia y los derechos humanos: una relación compleja, *Foro int*, México, v. 55, n. 4, p. 1115-1138.

VIVAS BARRERA, T. G. (2015) Eficacia de las órdenes de la Corte Interamericana sobre la reparación de la violación de derechos humanos. Análisis comparado, en *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Universidad Católica, Bogotá.

Jurisprudencia Interamericana

CORTE IDH. (2009) Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 198.

CORTE IDH. (2006) Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Serie C No. 154.

CORTE IDH. (2012) Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239.

CORTE IDH. (2001) Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Serie C No.75.

CORTE IDH. (2008) Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 184.

CORTE IDH. (2011) Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Serie C No. 221.

CORTE IDH. (2001) Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 74.

CORTE IDH. (2013) Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 269.

CORTE IDH. (2005) Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 127.

Criterios jurisdiccionales mexicanos

Tesis: I.4o.A.12 K 10a. (2013) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVII, Tomo 2.

Tesis: 1a. CCCXVII/2014 (10a.). (2014) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 10, Tomo I.

Documentación adicional

Cámara de Diputados. (2019) Gaceta Parlamentaria.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (2014) Última edición 23ª.