



**Ciencia Latina**  
Internacional

Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar, Ciudad de México, México.  
ISSN 2707-2207 / ISSN 2707-2215 (en línea), marzo-abril 2024,  
Volumen 8, Número 2.

[https://doi.org/10.37811/cl\\_rcm.v8i2](https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v8i2)

**ESTUDIO COMPARADO DEL  
NEOCONSTITUCIONALISMO COMO FORMA DE  
DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN  
CONTEXTO GLOBALIZADOR EN BRASIL Y MÉXICO**

COMPARATIVE STUDY OF  
NEOCONSTITUTIONALISM AS A FORM OF DEFENSE  
OF HUMAN RIGHTS IN A GLOBALIZING CONTEXT  
IN BRAZIL AND MEXICO

**Luis Abraham Paz Medina**

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco División Académica, México

**Marisol González Hernández**

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco División Académica, México

**Carlos Romeo Rodríguez Mazariego**

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco División Académica, México

**José Adolfo Pérez De la Rosa**

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco División Académica, México

**Alinne Cardim Alves**

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco División Académica, México

DOI: [https://doi.org/10.37811/cl\\_rem.v8i2.10584](https://doi.org/10.37811/cl_rem.v8i2.10584)

## Estudio Comparado del Neoconstitucionalismo como Forma de defensa de los Derechos Humanos en Contexto Globalizador en Brasil y México

**Luis Abraham Paz Medina<sup>1</sup>**

[licapm76@hotmail.com](mailto:licapm76@hotmail.com)

<https://orcid.org/0000-0002-7047-3773>

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco  
División Académica  
Multidisciplinaria de los Ríos; Tenosique  
Tabasco; México

**Marisol González Hernández**

[magohe76@hotmail.com](mailto:magohe76@hotmail.com)

<https://orcid.org/0000-0003-2180-3382>

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco  
División Académica  
Multidisciplinaria de los Ríos; Tenosique  
Tabasco; México

**Carlos Romeo Rodríguez Mazariego**

[cromeorodmaz87@hotmail.com](mailto:cromeorodmaz87@hotmail.com)

<https://orcid.org/0000-0001-6467-6278>

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco  
División Académica  
Multidisciplinaria de los Ríos; Tenosique  
Tabasco; México

**José Adolfo Pérez De la Rosa**

[adolfo\\_delarosa@live.com](mailto:adolfo_delarosa@live.com)

<https://orcid.org/0000-0002-2226-4280>

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco  
División Académica  
Multidisciplinaria de los Ríos; Tenosique  
Tabasco; México

**Alinne Cardim Alves**

[alinne.cardim@cardimadvogados.com.br](mailto:alinne.cardim@cardimadvogados.com.br)

<https://orcid.org/0000-0001-9241-6123>

Profesora Universitaria  
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco  
División Académica  
Multidisciplinaria de los Ríos; Tenosique  
Tabasco; México

### RESUMEN

Los derechos humanos surgen como una respuesta inmediata a las violaciones de la dignidad de las personas. El ser considerado diferente era visto como un ser menor en dignidad y derechos y en ese diapasón ocurrían innumerables violaciones a los derechos humanos. La persona humana era considerada desechable, un mero objeto de compra y venta, algo superfluo en campos de exterminio. Había diferencias de género y así ocurrieron las más graves violaciones a los derechos humanos de la historia como la esclavitud, el sexismo, el racismo, el nazismo, la homofobia, la xenofobia, la muerte de los niños nacidos con discapacidad y otras prácticas intolerantes que denigran y socaban la dignidad de las personas, así, los derechos humanos emergen para asegurar una vida digna a los individuos. Se destaca, la construcción de los derechos humanos en ámbito internacional, así como su positivización en el ordenamiento jurídico brasileño y mexicano como derechos fundamentales, y el surgimiento del neoconstitucionalismo como forma de defensa de los derechos humanos.

**Palabras clave:** *derechos humanos, derechos fundamentales, neoconstitucionalismo, positivización*

---

<sup>1</sup> Autor principal

Correspondencia: [licapm76@hotmail.com](mailto:licapm76@hotmail.com)

# Comparative Study of Neo Constitutionalism as a Form of Defense of Human Rights in a Globalizing Context in Brazil and Mexico

## ABSTRACT

The human rights arise as an immediate answer to the violations of the dignity of people. Being considered different was seen as to lesser being in dignity and rights. In this diasapon took place countless violations to the human rights. The human being was considered disposable, simple object of purchase and sale or something superfluous in extermination camps. There were many genders difference and so it's happened the most serious violation to the human rights in the history such as slavery, sexism, racism, Nazism, homophobia, xenophobia, death of children born with disability and intolerants practices that denigrate and undermine the dignity of people, so they emerge to ensure a dignified life for individuals. It emphasizes focus on construction of human rights on international fields just as positivization in Brazilian and Mexican legal system as rights and beginning of neo-constitutionalism as form of defense of human rights.

*Keywords: human rights, fundamental rights, neoconstitutionalism, positivization*

*Artículo recibido 28 febrero 2024  
Aceptado para publicación: 25 marzo 2024*



## INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos se basan en la construcción de valores intrínsecos o fundamentales a partir de un espacio simbólico de lucha y acción social en favor de la dignidad humana. Son un conjunto mínimo de derechos inherentes a cada persona, provenientes de su condición humana. Se trata de facultades, libertades y reivindicaciones necesarias para asegurar una vida digna al individuo, basadas en la igualdad, libertad, dignidad, entre otros caracteres.

Son derechos intrínsecos al ser humano, anteriores a cualquier forma de organización política o social, por lo que la protección de los derechos humanos no puede agotarse en la acción del Estado, siendo necesarios también los instrumentos internacionales de protección contenidos dentro del Derecho Internacional o convencional de los derechos humanos cuyo desarrollo significativo y progresivo se detonará a partir de diciembre de 1948 con la firma de la Declaración Universal de Naciones Unidas.

Todos los seres humanos a pesar de sus innumerables diferencias biológicas, culturales, étnicas, género, clase social, nacionalidad, grupo religioso, persona con discapacidad o sin discapacidad, entre otras características, merecen igual respeto, porque son individuos que necesitan tener su dignidad respetada e intocada, ya que poseen el derecho de amar y ser amados, descubrir la verdad, crear la belleza y merecen vivir en un mundo que les proporcione recursos para que puedan desarrollar todas sus habilidades y potenciales independientemente de las diferencias que existen entre ellos. Siendo ahora la dignidad el elemento y motor esencial que en gran medida nutre de contenido a los derechos Humanos y que presenta el valor elemental y supremo, ya que los distintos ordenamientos constitucionales y legales justamente ponen de manifiesto esta idea, en este tenor el Artículo 2 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco (México) señala que: “El respeto a la dignidad de las personas, a sus derechos y libertades, es el fundamento del orden y la paz social”.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) ha reconocido a la dignidad humana, como condición y base de los derechos fundamentales cuando expresa:

“Dignidad Humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales. El artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia



personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho de la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.”

Recientemente sobre este mismo tópico el más alto tribunal judicial de nuestro país ha expresado lo siguiente a la dignidad de la persona:

### **Dignidad Humana**

**Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética.**

La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. 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 respetar 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.

Los derechos humanos deben ser considerados como algo que deriva de la naturaleza del hombre, concebidos como datos subjetivos, es decir, intrínsecos al hombre como ser individual, inherentes a su esencia y anteriores a la creación de la sociedad.

Así, la nomenclatura "derechos naturales e imprescriptibles del hombre" engloba los derechos esenciales, básicos, elementales a la persona humana, sin necesidad de estar positivados, ya sea en el plano internacional o en la Constitución de un Estado, tratándose de una concepción jusnaturalista, que encuentra fundamento en la filosofía griega del estoicismo y con el jurisconsulto romano Cicerón al considerarlos como un conjunto de principios y valores que emanan de una voluntad divina. Los derechos humanos son fruto de largas luchas y revoluciones. Son derechos que han recorrido un largo camino histórico que ha conducido a la humanidad hasta el presente momento. El reconocimiento de los derechos humanos, así como su positivación y consagración como derechos fundamentales, sólo ha sido posible a través de la evolución histórica, pues estos derechos no han surgido todos a la vez, pero sí fueron siendo revelados y declarados en consonancia con los propios cambios de la civilización humana.

Se constata que en el ámbito global la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos de 1966 e Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 dieron lugar a una concepción formal de igualdad, basados en el binomio igualdad y no discriminación, garantizando una protección general, genérica y abstracta, saliendo su protección del ámbito de las jurisdicciones domésticas o nacionales para darles una protección internacional a partir de la idea de su universalidad, como primer elemento detonador dentro de sus características, pues la comunidad internacional entendió que los derechos humanos rebasaban el ámbito de la competencia estatal o nacional, derivándose en la internacionalización de los mismos.

Aún, es necesario señalar la importancia de la positivación y reconocimiento de estos derechos dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y Constitución Federal Brasileña, pues se pasa a visualizar cómo los derechos humanos deben ser ejercidos dentro del ordenamiento jurídico



fundamental y supremo en la vida estatal, al decir de Paz y González (2016) ahora es necesario también precisar que a partir de la reforma de junio del año 2011 en materia de Derechos Humanos, hemos abandonado la concepción positivista para llegar al paradigma del neo constitucionalismo entendido éste como la fase superior de iusnaturalismo jurídico, es decir, con la reforma en materia de derechos humanos ahora los tratados en materia de derechos humanos tienen la misma eficacia normativa que la Constitución, por eso se les reconoce el mismo rango constitucional, ante tal panorama podemos afirmar que estamos en presencia de la transición de la internacionalización del Derecho Constitucional a la Constitucionalización del Derecho Internacional de los derechos humanos, es decir, pasamos de la Constitución nacional a la Constitución Convencionalizada.

En esta tónica, el derecho constitucional, en las últimas décadas, ha experimentado innumerables transformaciones que han dado lugar a cambios en el modo en que se piensa y práctica. Se trata de una nueva percepción de la Constitución y de su función en la interpretación jurídica en general. Así, surge el neoconstitucionalismo o nuevo Derecho constitucional que engloba un conjunto amplio de transformaciones ocurridas en el Estado y en el Derecho constitucional, dando lugar a la constitucionalización del Derecho. No se trata sólo de una manera de describir el actual derecho constitucional, sino también de una manera de desearlo.

### **La Concepción Contemporánea de los Derechos Humanos**

Después de las grandes guerras mundiales, particularmente la Segunda Guerra Mundial durante el Siglo XX, donde hubo prácticas contrarias a los derechos humanos, éstos surgen con inmensa fuerza no sólo dentro de los Estados en sede nacional o jurisdicción interna o doméstica como antes, sino también ejerciendo inmensa influencia internacional, pues es justamente en la época de la post guerra donde cobra fuerza y vigor el Derecho Internacional o convencional de los Derechos Humanos, a partir del año de 1948 con la suscripción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que puede considerarse el eje toral o el punto de partida de la concepción moderna de los mismos, ya que a partir de este momento es donde inicia su internacionalización plasmadas en Tratados, pactos, protocolos, convenciones, etc., adquiriendo una nueva naturaleza o categoría jurídica al considerarlos “derechos fundamentales” con el carácter de la fuerza de la ley y de dicho término nace el de la “exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos”.



Se resalta, que esta influencia internacional, entre otros factores, tuvo como punto de partida la propia Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, reafirmandose en ella - después de la Segunda Guerra Mundial, momento histórico en que se creó la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

El tema "derechos humanos", aunque se ha mencionado desde los albores de la humanidad, sólo ha elevado el estatus de derechos que deben ser protegidos mundialmente desde el momento en que se convierte en referencia ética para el orden internacional. La primera fase de protección de los derechos humanos en su concepción contemporánea se basa en el temor a la diferencia. Se buscaba la protección general y abstracta sobre la base de la igualdad formal. Sostiene Piovesan (2012) que era necesario definir al ser humano como sujeto de derechos en sus peculiaridades y particularidades. Por lo tanto, junto al derecho a la igualdad, nacía el derecho a la diferencia que, junto a la diversidad, necesitaban un tratamiento especial.

En esa fase se cita el legado del nazismo, que tuvo como fundamento la diferencia para sus políticas de exterminio pautadas en la prevalencia y superioridad de la raza pura ariana y la eliminación de las demás.

Por tanto, con el flagelo de la Segunda Guerra Mundial, época de terror en la que predominaba la lógica de la destrucción avalada por un inflexible positivismo jurídico que consideraba a los seres humanos como seres desechables, pasó a haber una enorme preocupación de la población mundial por los derechos humanos, pues el mundo entero quedó estremecido y horrorizado de la barbarie irracional provocado por la guerra y el formalismo del positivismo. Consecuentemente era necesaria una reconstrucción de sus valores como estándar y referencia ética para orientar el orden internacional.

La protección de los derechos humanos pasa a ser vista y entendida no sólo un dominio reservado al Estado, o sea, exclusivamente a la competencia nacional o jurisdicción doméstica, pues se trata de un tema de interés internacional que rebada por completo las fronteras político-territoriales. Sobre esto Piovesan (2012) afirma que el "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" surge así, a mediados del siglo XX, como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y su desarrollo puede atribuirse a las monstruosas violaciones de los derechos humanos de la era Hitleriana y a la creencia de que parte de esas violaciones podría prevenirse si existiera un efectivo sistema de protección internacional de los



derechos humanos. Considerando que el “Derecho Internacional de los Derechos Humanos consiste en un sistema de normas, procedimientos e instituciones internacionales desarrollados para aplicar esta concepción y promover el respeto de los derechos humanos en todos los países, en el ámbito mundial” (Piovesan, 2012, p. 35).

## **RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

En ese diapason, se afirma que muchos de los derechos humanos que hoy figuran en la agenda internacional surgieron en 1945, cuando las violaciones tan flagrantes a esos derechos cometidas por el holocausto hicieron que las naciones del mundo decidieran por la positivación de los derechos humanos y libertades fundamentales, siendo este uno de los principales propósitos de la Organización de las Naciones Unidas. Según refiere Comparato (2010) la concepción contemporánea de derechos humanos se introduce y oficializa en el escenario internacional con la Declaración Universal de 1948 que se caracteriza por la universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de estos derechos. La primera característica de la extensión universal de los derechos humanos bajo el prisma de que el único requisito para ser titular de derechos humanos es la condición de persona y la segunda característica de la garantía de los derechos civiles y políticos es la condición para el respeto de los derechos sociales, culturales y económicos y viceversa, es decir, si uno de estos derechos es violado, los demás también lo son.

Cançado (2000) explica que:

El proceso de generalización de la protección de los derechos humanos se desencadenó en el plano internacional a partir de la adopción en 1948, de las Declaraciones Universal y Americana de los Derechos Humanos. En aquella época, la preocupación era la restauración del Derecho internacional en el que se reconociera la capacidad procesal de los individuos y grupos sociales en el plano internacional (p. 4 y 5)

Las duras lecciones legadas por el holocausto nazi de la Segunda Guerra Mundial contribuyeron al contenido de la declaración, pues ya no se trataba de proteger a individuos sobre ciertas condiciones, sino de protegerlos como ser humano en su esencia.

Sobre el contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, explica, explica Franco (2006):



El contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos puede resumirse y dividirse en cuatro partes fundamentales: la afirmación de la dignidad de la persona humana, la libertad, la igualdad y la fraternidad. En el contexto de antagonismos culturales, religiosos e ideológicos, la Declaración encuentra el punto de equilibrio, y presentan el consenso universal en el valor fundamental de la dignidad de la persona humana y de sus corolarios, los principios de la libertad, de la igualdad y de la fraternidad. A partir de la Declaración, la libertad, la igualdad y la fraternidad, como formas de asegurar la dignidad de la persona humana, ya no pueden ser vistas aisladamente (p.132)

Por lo tanto, el fenómeno de internacionalización de los derechos humanos se inició con la Declaración de 1948, dando ocasión a la adopción de diversos instrumentos de protección de esos derechos.

Se trata de tratados internacionales que traducen la conciencia ética moderna compartida por los Estados, como éstos invocan el consenso internacional sobre temas centrales de los derechos humanos. En lo que respecta a la persona con discapacidad, precisamente en esa época, aparece en la agenda internacional la Declaración de Derechos del Discapacitado Mental de 1971 y la Declaración de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 1975.

Inmediatamente después de la Declaración de Derechos Humanos de Viena de 1993, corroborando con el escenario innovador de los derechos humanos. Sobre esta concepción innovadora de los derechos humanos, Piovesan señala dos importantes consecuencias:

1- La revisión del concepto tradicional de soberanía absoluta del Estado, que pasa a sufrir un proceso de relativización, en la medida en que se admiten intervenciones a nivel nacional en favor de la protección de los derechos humanos; es decir, se permiten formas de supervisión y responsabilidad internacional cuando se violan los derechos humanos; 2- La cristalización de la idea de que el individuo debe tener derechos protegidos en la esfera internacional, en la condición de sujeto de derecho. Inspirada en estos conceptos, la comprensión contemporánea de los derechos humanos comenzó a ser presentada en la historia por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y reiterada por la Declaración de Derechos Humanos de Viena de 1993.

Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 como la Declaración de Derechos Humanos de Viena de 1993 consolidan la afirmación de una ética universal, consagrando un consenso sobre los valores universales que deben ser seguidos por los Estados. Se trata entonces de un momento



histórico en el que ha tenido lugar la reconstrucción y reconfiguración de los derechos humanos dentro de un contexto universal en donde todos los Estados adquieren obligaciones convencionales en pro de las personas que se encuentren en los respectivos territorios nacionales.

La reconstrucción de los derechos humanos aparece como patrón y referencia ética para orientación del orden internacional. Esta reconstrucción procede del fenómeno llamado Internacionalización de los Derechos Humanos, que se originó en la posguerra como una posible solución a las atrocidades y horrores cometidos en el curso del nazismo.

Las injusticias cometidas con la persona humana durante la Segunda Guerra Mundial provocaron la ruptura de los derechos humanos, por lo que la posguerra dio lugar a su reconstrucción. De este modo, el valor de la dignidad de la persona humana pasa a entrar en escena siendo introducido en los textos del derecho de las gentes y en las diferentes constituciones nacionales desde entonces en vigor considera Habermas (2012). fortaleciéndose medularmente en estos instrumentos convencionales la idea de la dignidad como elemento consustancial en la esencia y sustancia de los Derechos Humanos, siendo el fundamento toral a partir de la internacionalización de los mismos, aclarando que el concepto de dignidad humana como concepto jurídico no aparece en las declaraciones clásicas de los derechos humanos del siglo XVIII ni en las codificaciones del siglo XIX, porque lo que fueron los documentos de Naciones Unidas los que establecieron el vínculo entre los derechos humanos y la dignidad de la persona humana, aduciendo así que éste es el motivo del discurso de los derechos humanos que surgió antes que el de la dignidad de la persona humana.

En ese escenario se propaga la idea de que la protección de los derechos humanos no es tarea exclusiva del Estado, pues se trata de un asunto de interés internacional. En este sentido, explica Barroso (2012) que:

La globalización del Derecho es una característica esencial del mundo moderno, que promueve, en su actual etapa, la confluencia entre Derecho Constitucional, Derecho Internacional y Derechos Humanos. Las instituciones nacionales e internacionales intentan establecer un marco para la utopía contemporánea: un mundo de democracias, comercio justo y derechos humanos

Junto con el sistema normativo global o convencional nacen los sistemas intercontinentales destinados a internacionalizar los derechos humanos en el plano regional, en particular en América, Europa y



recientemente en África a partir de la década de los años ochenta del siglo XX, consolidando la unión del sistema global de las Naciones Unidas con los sistemas regionales, que son incorporados por los sistemas Interamericano, europeo y africano de protección de los derechos humanos.

Ambos sistemas global y regional son complementarios y adoptan el valor de la primacía de la persona humana y, sumados al sistema nacional de protección, pretenden proporcionar la mayor efectividad posible en la tutela y promoción de derechos fundamentales. Se trata de la lógica y principiología propias del derecho de los derechos humanos.

**La Declaración de Viena de 1993 en su artículo 5º aduce:**

Todos los derechos humanos son universales, interdependientes e interrelacionados. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos globalmente de forma justa y equitativa, en pie de igualdad y con el mismo énfasis. Aunque deben tenerse en cuenta las particularidades nacionales y regionales, así como diversos contextos históricos, culturales y religiosos, los Estados tienen el deber de promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales, cualesquiera que sean sus sistemas políticos, económicos y culturales.

En ese diapasón, la Declaración de Viena reitera la Declaración Universal de 1948, que enuncia en sus dispositivos:

Artículo 1º: Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Están dotadas de razón y conciencia y deben actuar en relación unas con otras con espíritu de fraternidad.

Artículo 2º: Toda persona tiene capacidad para gozar de los derechos y libertades establecidos en la Declaración, sin distinción de ningún tipo, ya sea de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra naturaleza, origen nacional o social, riqueza, nacimiento, o cualquier otra condición.

Artículo 7º: Todos son iguales ante la ley y tienen derecho, sin ninguna distinción, a igual protección de la ley.

Del análisis de estos dispositivos se extraen entendimientos como la consagración del derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, lo que también quedó enfáticamente notable en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.



Observándose en los dispositivos que el primer artículo de la Declaración de 1948 sostiene el derecho a la igualdad, el segundo agrega la cláusula de prohibición de la discriminación de cualquier especie, como precedente del principio de igualdad. Por lo tanto, la Declaración Universal de 1948 a través del binomio igualdad y no discriminación, que es influenciado por el concepto formal de igualdad, impacta la fisonomía de todo el sistema normativo global de protección de los derechos humanos. Aún en ese escenario, reafirmando la cláusula de prohibición de la discriminación para el ejercicio de los derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 expone en su artículo 2°:

Los Estados Parte en el Pacto se comprometen a garantizar a todas las personas que se encuentren en su territorio y que estén sujetas a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de cualquier otra naturaleza, origen nacional o social, situación económica, nacimiento o cualquier otra situación.

En consonancia con el artículo 2° de su Pacto, se menciona el artículo 4°, que menciona un amplio núcleo de derechos que deben preservarse incluso en situaciones excepcionales y amenazadoras, y permite la adopción de medidas restrictivas de derechos estrictamente necesarias, siempre que dichas medidas no supongan ningún tipo de discriminación por motivos de raza, color, sexo, lengua, religión u origen social.

Cuando situaciones excepcionales amenacen la existencia de la nación y se proclamen oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar, en el estricto medio en el que la situación requiera medidas derivadas de las obligaciones que se derivan del presente Pacto, siempre que dichas medidas no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho internacional y no den lugar a ninguna discriminación únicamente por motivos de raza, color, sexo, lengua, religión u origen social.

El artículo 26 de este pacto fue analizado por el Comité de Derechos Humanos en su Recomendación General no. 18, siendo que el principio de no discriminación fue considerado principio fundamental previsto en el propio pacto.

Su enunciado es condición y presupuesto para el pleno ejercicio de los derechos humanos:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación alguna, a igual protección de la ley. A este respecto, la ley debe prohibir toda forma de discriminación y garantizar a todas las



personas una protección igual y eficaz contra toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, situación económica, nacimiento o cualquier otra situación.

Se trata de la concepción de la igualdad formal y conforme al Comité de Derechos Humanos, se entiende que la no discriminación, así como la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de la ley sin discriminación, constituyen un principio básico y general totalmente vinculado a la protección de los derechos humanos.

Corroborando además con la consagración de la prohibición de la discriminación, se cita el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 que en su artículo 2º, punto 2, establece que los Estados Las Partes garantizarán el ejercicio de los derechos previstos en el Pacto sin ningún tipo de discriminación:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar que los derechos enunciados en el mismo se ejercerán sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de cualquier otra naturaleza, origen nacional o social, situación económica, nacimiento o cualquier otra situación.

**En este sentido, Piovesan (2012) cita:**

Merece destacar la actuación constructiva de los Comités de Derechos Humanos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en trascender los límites de las cláusulas de la igualdad formal y de la prohibición de la discriminación enunciadas en los Pactos. La jurisprudencia creativa de estos Comités, mediante la adopción de recomendaciones generales, ha permitido delinear la concepción material de igualdad, con la distinción de la igualdad de derecho y de hecho ("*de jure*" and "*de facto Equality*"). A partir de esta distinción se lanza el cuestionamiento sobre el papel del Estado, demandando a veces la transición de una posición de neutralidad a un protagonismo (por ejemplo, mediante la adopción de acciones afirmativas) capaz de aliviar y remediar el impacto no igualitario de la legislación y de las políticas en el ejercicio de los derechos.

En este contexto, inspirado en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y la Declaración de los Derechos Humanos de Viena de 1993, surge la Convención Americana de los Derechos Humanos en San José de



Costa Rica en 1969, conocida también como el pacto de San José de Costa Rica, que es una de las bases convencionales principales del sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. El Pacto de San José de Costa Rica consagra también diversos derechos civiles y políticos, importantes para este estudio como el reconocimiento de la personalidad jurídica, libertad personal, dignidad, entre otros.

Teixeira y Tibiriçá (2013) aclaran que la Convención Americana consiste en el principal documento del sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, siendo que sus sentencias poseen aplicación en buena parte del territorio americano.

Se concibe que tanto la Declaración Universal de 1948 como los Pactos Internacionales constituyen la primera fase de protección de los derechos humanos dentro de este contexto de globalización convencional, que posee como rasgos primordiales la protección general, genérica y abstracta bajo el prisma de la igualdad formal y de la prohibición de la discriminación (Piovasan, 2012, p. 42).

Ya la segunda fase de protección de los derechos humanos es una representación del proceso de especificación del propio sujeto de derecho y será reflejada por la protección especial y específica, procedentes de tratados que buscan la eliminación de la discriminación, que afectan de manera desigual y desproporcionada a determinados grupos, como las personas con discapacidad, entre otros.

En este escenario surgen a manera de especialización en el ámbito internacional, convenciones encaminadas a eliminar las discriminaciones contra grupos específicos que pueden considerarse vulnerables o en situaciones de pobreza y marginación (mujeres, minorías étnicas raciales, entre otros) como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y, en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006).

La segunda fase de protección de los derechos humanos anhela con urgencia acabar con todas las formas de discriminación como garantía del pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos sociales, económicos y culturales. Sin embargo, la lucha contra la discriminación por sí sola no es suficiente. También es necesario evitar la discriminación mediante la aplicación de políticas compensatorias para agilizar la igualdad en el curso de este proceso.



Discriminar es excluir, pues se trata de cualquier forma de restricción o preferencia, que pretenda perjudicar o anular el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en cualquier campo, sea civil, cultural, político, económico, social etc. Por lo tanto, si por un lado discriminar resulta en exclusión social, la igualdad supone la inclusión social y para ello no basta la prohibición de la exclusión, sino también la garantía a la efectividad de la inclusión.

El Comité de Derechos Humanos en sus recomendaciones 18 y 28 señalan que es deber del Estado la adopción de medidas, sean estas legislativas, administrativas o judiciales, con el fin de garantizar la no discriminación, y sugiere que el Estado adopte medidas afirmativas con el fin de reducir o eliminar las razones de discriminación como medidas legítimas y necesarias.

Los tratados incorporados en la segunda fase de protección de los derechos humanos, es decir, los mecanismos internacionales que forman parte del sistema especial de protección dan lugar a una protección específica y concreta que supera el concepto meramente formal y abstracto de la igualdad y tienen por objeto el alcance de la igualdad material y sustantiva a través de las acciones afirmativas, con el fin de proteger a los grupos más vulnerables.

Toda esta construcción, en un tercer momento de los derechos humanos, intensifica las tendencias manifestadas en las otras fases, haciendo que la afirmación de los derechos humanos sea al mismo tiempo universal y positiva. Universal, pues pretende alcanzar a todos los hombres indistintamente, sin diferenciaciones en lo que se refiere a la nacionalidad, género, generación, opción sexual, clase social, credo religioso, color, raza, persona con discapacidad, entre otros y positiva en virtud de poner en práctica las aspiraciones a los derechos humanos, poniendo en movimiento un conjunto de premisas que buscan materializar la protección de los derechos humanos tanto en sede nacional en el ámbito de la jurisdicción doméstica o interna como en jurisdicción contenciosa internacional, de tal manera que estemos en presencia de una auténtica protección efectiva de los derechos fundamentales lo que conlleva a la justiciabilidad y a la reparación integral del derecho humano violado. Ya no se trata de crear principios, sino de darles fundamentos teóricos, históricos y éticos. Se trata de crear un conjunto de leyes, normas y reglamentos, ya sea en el ámbito nacional o internacional, encaminado a garantizar mundialmente los derechos inherentes a los hombres.



Con la reconstrucción de los derechos humanos y la afirmación de la dignidad humana, el mundo contemporáneo rompe con antiguos prejuicios y así urge por la adopción de medidas asertivas en favor de la persona humana, lo que presenta la concreción del antropocentrismo del Estado contemporáneo. La protección de esos derechos en el ámbito internacional se hace necesaria, sin embargo, a pesar de esa asertiva, la Constitución Brasileña de 1988 y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a partir de la trascendente reforma de 2011 contemplan los derechos humanos a lo largo de su texto, conteniendo un rol ejemplar de derechos y garantías fundamentales, pues esta última señala que:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Así, explica Habermas (2012) “Con la positivación de los primeros derechos humanos, se creó una obligación jurídica de realizar el contenido moral trascendente que se impregnó en la memoria de la humanidad”.

Por lo tanto, se hace necesario analizar cómo los derechos humanos fueron positivados en el ordenamiento jurídico brasileño y fundamental y supremo mexicano, pues es de advertirse que el neoconstitucionalismo llegó para quedarse en la época contemporánea de los Derechos Humanos por lo que ha sido una nueva corriente integradora, globalizadora y propositiva y así establecer un camino de protección de los derechos de todas las personas, no sólo con un enfoque infra constitucional como se ha caído durante muchos años, sino también bajo el enfoque constitucional, siendo éste en el mundo contemporáneo la brújula orientadora del derecho privado, idea que también refrendan Paz y González (2016) al considerar que la primicia que ocupa la mente y el pensamiento de los grandes juristas modernos ya no es la posición, la fundamentación o el origen de los Derechos Humanos sino la forma de garantizarlos, protegerlos y hacerlos efectivos dentro del ámbito jurídico de la vida del Estado Constitucional, Democrático y Social de Derecho, idea que trasciende fronteras y alza la mirada hacia el actuar del Estado Mexicano en relación a la participación que ha tenido con los Tratados Internacionales, a los que les ha otorgado observancia obligatoria y el mismo plano jerárquico frente a



la Constitución Federal, naciendo en México a partir de esta reconfiguración el concepto de Bloque de Constitucionalidad o Parámetro de control de la nueva regularidad constitucional, como expresión palpable y tangible del neoconstitucionalismo.

### **La positivación de los derechos humanos en la Constitución Federal Brasileña de 1988 y Mexicana de 2011 como derechos fundamentales**

A partir del momento en que los derechos humanos comienzan a ser aplicados, pero sobre todo al ser exigibles frente al Estado, pasan a ser reconocidos como condiciones y elementos necesarios para la construcción y ejercicio de los demás derechos, los derechos humanos se transforman en derechos fundamentales, según refiere Bonavides, circunscrita a la preferencia de los publicistas alemanes. En el momento en que los argumentos morales de los derechos humanos pasan a ser positivados a través de la argumentación jurídica, se constitucionalizan los derechos humanos, que pasa entonces a ser derechos fundamentales.

#### **En este sentido, Sarlet (2010) explica:**

El término "derechos fundamentales" se aplica a aquellos derechos humanos reconocidos y positivados en la esfera del Derecho constitucional positivo determinado del Estado, mientras que la expresión "derechos humanos" guardaría relación con los documentos de Derecho internacional, por referirse a aquellas posiciones jurídicas que se reconocen al ser humano como tal, independientemente de su vinculación con un determinado orden constitucional, y que, por tanto, aspiran a la validez universal, para todos los pueblos y tiempos, de tal suerte que revelan un inequívoco carácter supranacional (internacional) (p.29)

Así, a partir de este momento, al tratarse de los derechos intrínsecos a los seres humanos y necesarios para que éstos tengan una existencia pautada en el valor de la dignidad de la persona humana, la nomenclatura utilizada pasa a ser derechos fundamentales.

La Constitución Brasileña de 1988 utiliza la expresión "derechos fundamentales" y "garantías fundamentales", aunque no sea nítida la diferencia entre ambos, los mismos deben ser diferenciados.

La diferencia procede de la lectura del texto constitucional:

Mientras que los derechos tendrían por nota destacada el carácter declaratorio o enunciativo, las garantías estarían marcadas por su carácter instrumental. Vale decir, serían los medios orientados para



la obtención o reparación de los derechos violados.

Es decir, se debe realizar la interpretación del texto constitucional con foco en el contenido jurídico de la norma, si éste es declaratorio al asesor y no la forma como éste fue redactado. Los derechos fundamentales deben orientarse a favor de la protección de la dignidad humana en todas sus dimensiones.

En este mismo sentido y particularmente tratándose del Ordenamiento fundamental supremo mexicano Carbonell (2013) señala que:

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011, ofrece varias novedades importantes que pueden cambiar de manera profunda la forma de concebir, interpretar y aplicar tales derechos en México. Las principales novedades son las siguientes:

- La denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución cambia, dejando atrás el concepto de “garantías individuales”. A partir de la reforma se llama “De los derechos humanos y sus garantías”. La expresión derechos humanos es mucho más moderna que la de garantías individuales y es la que se suele utilizar en el ámbito del derecho internacional.
- El artículo primero constitucional, en vez de otorgar los derechos, ahora simplemente los reconoce. A partir de la reforma se reconoce que toda persona “goza” de los derechos y de los mecanismos de garantía reconocidos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales. La Constitución se abre de forma clara y contundente al derecho internacional de los derechos humanos, demostrando de esa manera una vocación cosmopolita muy apreciable.
- En el mismo artículo primero constitucional se recoge la figura de la interpretación conforme, al señalarse que todas las normas relativas a derechos humanos (del rango jerárquico que sea) se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales, esto implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrada no solamente por la carta magna, sino también por los tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano.
- Se incorpora en el párrafo segundo del artículo primero constitucional el principio de



interpretación *pro personae*, muy conocido en el derecho internacional de los derechos humanos y en la práctica de los tribunales internacionales encargados de la protección y tutela de los mismos derechos. Este principio señala que, cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano, y también significa que, cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que (igualmente) proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano.

- Se señala, en el párrafo tercero del artículo primero, la obligación del Estado mexicano (en todos sus niveles de gobierno, sin excepción) de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. De esta forma queda claro que todo derecho humano “reconocido” por la Constitución y los tratados internacionales genera obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia del nivel de gobierno que ocupen o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas.
- Las obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de derechos humanos deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos.
- El Estado mexicano, señala el artículo 1 constitucional a partir de la reforma, debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.
- Queda prohibida la discriminación por causa de “preferencias sexuales”. Antes de la reforma, el texto constitucional se refería simplemente a la prohibición de discriminar por “preferencias”, lo que podía generar ciertas ambigüedades sobre el alcance de dicha prohibición. La reforma deja claramente señalado que son las preferencias sexuales las que no pueden ser tomadas en cuenta para efecto de dar un trato diferenciado a las personas o para negarles cualquier derecho.

En ese diapasón, Araujo y Nunes (2011) explican que “los derechos fundamentales tienen naturaleza poliédrica, debiendo proteger al ser humano en su libertad (derechos y garantías individuales), en sus necesidades (derechos económicos, sociales y culturales) y en su preservación (derechos a la fraternidad



y a la solidaridad)” (p.143).

Las diversas agresiones al ser humano en el curso de los tiempos como la esclavitud, tortura, imposiciones religiosas, miseria, prejuicio racial, sexismo, malos tratos a las personas con discapacidad, entre otros, obtuvieron respuestas de la Constitución Brasileña de 1988, que ha creado un magnífico catálogo de derechos fundamentales, y el legislador a disposición de los derechos y garantías fundamentales lo ha hecho en su propio título. Se trata del título II que ha sido desdoblado en cinco capítulos: de los Derechos y Deberes Individuales y Colectivos, de los Derechos Sociales, de la Nacionalidad, de los Derechos Políticos y de los Partidos Políticos, situación que también patentiza la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues en su ahora en su Título Primero, Capítulo I, establece este bloque de protección ahora denominado “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, conceptos que no pueden considerarse sinónimos pues la naturaleza de los mismos es totalmente distinta.

A pesar de que el legislador ha establecido los derechos y garantías fundamentales en su propio título, se hace advertencia en que hay muchos otros derechos fundamentales dispersos en la Constitución brasileña.

Además, la propia Constitución establece que los derechos fundamentales de las personas no son apenas los que ella establece. En ese sentido, todo lo que esté de acuerdo con el régimen político del país y con los principios adoptados por la Constitución constituyen derechos de la persona humana, bajo esta misma tangente Paz y González (2016) refrendan la idea de que iindudablemente la reforma constitucional mexicana del 2011 modificó la recepción del derecho internacional convencional en el sistema jurídico mexicano, ya que los tratados en materia de derechos humanos adquieren jerarquía constitucional, derivado de que el artículo 1º constitucional crea un bloque de constitucionalidad, es decir, un sistema de protección de derechos humanos reconocidos en la Constitución, en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, incluyendo los derechos humanos que se encuentren en tratados internacionales que no específicamente los contengan, este bloque de constitucionalidad está reforzado por el artículo 15 constitucional que prohíbe celebrar tratados internacionales que “alteren los derechos humanos (p. 93).

Los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico brasileño buscaron inspiración en las tres más



importantes declaraciones universales de derechos, o sea, la Declaración de los Derechos de Virginia de 1776, La Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789 y la Declaración Mundial de los Derechos de los Hombres de 1948.

Cuanto más eficaz es un Estado en materia de derechos fundamentales, más legítimo es ante la comunidad internacional. Se trata de un refuerzo de la legitimación de los regímenes políticos que son el parámetro para verificar el grado de democracia de una sociedad. Por lo tanto, la protección internacional y la protección constitucional de los derechos fundamentales están en consonancia. Los derechos fundamentales son los derechos que sin los cuales la persona es incapaz de desarrollarse y participar plenamente de la vida, es decir, la persona no puede existir si sus derechos fundamentales no se salvaguardan.

**Em este sentido, enseña Da Silva (2012):**

En lo cualitativo "fundamentales" se encuentra la indicación de que se trata de situaciones jurídicas sin las cuales la persona humana no se realiza, no convive y, a veces, ni siquiera sobrevive; fundamentales del hombre en el sentido de que todos, por igual, deben ser, no sólo formalmente reconocidos, pero materialmente efectivas. (p.178)

Se extraen de estos entendimientos que los derechos fundamentales deben representar el mínimo necesario para la subsistencia del ser humano. El Estado brasileño y el mexicano existen en razón de las personas, por lo que éstas no existen en función del Estado. En consecuencia, una acción u omisión de estos en ignorar los derechos fundamentales de alguien constituye un verdadero atentado a la razón de existir de los seres humanos. Los derechos fundamentales, por lo tanto, son en esencia los derechos que el hombre posee en relación con el Estado. Los derechos fundamentales tienen como objetivo la protección del ser humano, siendo que su contenido está en constante interacción con otros derechos fundamentales y que estos no pueden ser abordados de forma aislada, pues se trata de derechos que cuidan las necesidades de los seres humanos y deben ser efectivos en pro de garantizarles la dignidad, pues cuando se habla de protección de derechos fundamentales, se habla de la protección de su contenido que tiene como finalidad proteger un principio mayor, que es la dignidad de la persona humana.

Según Bonavides (2007): "Crear y mantener los presupuestos elementales de una vida en la libertad y



en la dignidad humana es lo que los derechos fundamentales persiguen". (p.560)

**En concordancia con estos entendimientos, asevera Carvalho (2002):**

“Así, considero que se encuadra como derecho fundamental de la persona humana, entonces, aquel derecho cuyo contenido es decisivamente constitutivo del mantenimiento de la dignidad de la persona humana en un determinado contexto histórico”. (p.13)

Se concluye, pues, que todos los derechos fundamentales tienen como norte la dignidad de la persona humana.

**El Neoconstitucionalismo: una nueva perspectiva para el Derecho Constitucional**

Según lo analizado en la construcción de los derechos humanos, así como en su positivación en el ordenamiento jurídico brasileño y mexicano como derechos fundamentales, el derecho constitucional, en las últimas décadas, ha experimentado numerosas transformaciones que han dado lugar a cambios en el modo en que se piensa y se practica. Se trata de una nueva percepción de la Constitución y de su función en la interpretación jurídica en general.

Barroso (2013) afirma que es posible reconstituir esta trayectoria del derecho constitucional de forma objetiva, teniendo en cuenta tres criterios fundamentales: "el histórico, el filosófico y el teórico".

Las atrocidades cometidas contra la persona humana en las grandes guerras mundiales han dado lugar a un nuevo hito histórico del Derecho constitucional en Europa en la posguerra, principalmente en Alemania e Italia.

Ya en Brasil, la Constitución Brasileña de 1988 con sus ideales de hacer efectiva la institución de un Estado Democrático de Derecho y la superación de una perspectiva autoritaria, omnisciente y no pluralista de ejercicio de poder, marcado por intolerancias y violencias, aseguró al país estabilidad institucional, marcando así el marco histórico en Brasil, donde según Barroso: "el derecho constitucional pasó de la desimportancia al apogeo en menos de una generación.

El post-positivismo dio oportunidad al marco filosófico que es una tercera vía entre las concepciones positivistas y jusnaturalistas, contestando así la separación entre derecho, moral y política, pues estas tres dimensiones se influyen mutuamente en lo que concierne a la aplicación del derecho y no sólo en su elaboración. En este marco se produce también el acercamiento entre el derecho y la ética.

El marco teórico del nuevo derecho constitucional implica tres conjuntos de cambios de paradigmas:



El primero, ya referido, fue el reconocimiento de fuerza normativa a las disposiciones constitucionales, que pasan a tener aplicabilidad directa e inmediata, transformándose en fundamentos rutinarios de las postulaciones de derechos y de la argumentación jurídica. El segundo fue la ampliación de la jurisdicción constitucional. En el mundo, en general, este fenómeno se ha manifestado en la creación de tribunales constitucionales en la gran mayoría de los Estados democráticos. En Brasil, en particular, se materializó en la atribución del derecho de interposición de acciones constitucionales directas a una larga lista de órganos y entidades, lo que permitió que fueran llevadas al Supremo Tribunal Federal algunas de las grandes cuestiones del debate político, social y moral contemporánea. La tercera gran transformación teórica tuvo lugar en el ámbito de la hermenéutica jurídica, con la aparición de un conjunto de ideas identificadas como nueva interpretación constitucional. En ese ambiente, fueron afectadas premisas tradicionales relativas al papel de la norma, de los hechos y del intérprete, así como fueron elaboradas o reformuladas categorías como la normatividad de los principios, las colisiones de normas constitucionales, la ponderación como técnica de decisión y los argumentos jurídicos.

Cualquier operación de ejecución del Derecho implica la aplicación directa o indirecta de la Constitución. Directa, cuando una pretensión se funda en una norma constitucional; e indirecta cuando se funda en una norma infra constitucional, por dos razones: a) antes de aplicar la norma, el intérprete deberá verificar si es compatible con la Constitución, porque, de lo contrario, no podrá aplicar esa norma, y b) al aplicar la norma, deberá orientar su sentido y alcance a la realización de los fines constitucionales.

De este modo, la fuerza normativa de la Constitución pasa a ser premisa de su estudio, así como el carácter vinculante y obligatorio de sus disposiciones.

La fuerza normativa de la Constitución da un nuevo ropaje a la interpretación constitucional, que llevaron la doctrina y la jurisprudencia a desarrollar o sistematizar un rol propio de principios, de naturaleza instrumental y no de naturaleza material, siendo, por tanto, presupuestos lógicos y metodológicos de las normas constitucionales.

Como el advenimiento del nuevo derecho constitucional, se pasó a observar que las soluciones a los problemas jurídicos no siempre están expuestas en el texto normativo. Se hace necesaria una respuesta adecuada a la luz del problema, analizando los hechos relevantes. En lo que concierne al aplicador de



la ley, éste no basta ya con ser dotado sólo de conocimiento técnico, sino que debe hacer valoraciones para realizar la mejor opción entre las soluciones posibles.

Así, como se demuestra a lo largo de este texto, serán necesarias valoraciones de sentido para cláusulas abiertas, encontrando mejores soluciones.

Estas transformaciones anteriormente publicadas, tanto en relación con la norma como con el intérprete, se ilustran de manera elocuente por las diferentes categorías con las que trabaja la nueva interpretación. Entre ellas se incluyen las cláusulas generales, los principios, las colisiones de normas constitucionales, la ponderación y la argumentación.

Las cláusulas generales, también llamadas conceptos jurídicos, poseen expresiones o términos con un solo comienzo de significación, siendo el resto lo debe buscar el intérprete, que para ello deberá analizar el caso concreto y hacer las adaptaciones necesarias al mismo.

La norma en abstracto no es dotada de todos los elementos necesarios para su aplicación, así el intérprete debe valorar los factores objetivos y subjetivos de la realidad fáctica, para entonces definir el sentido y alcance de la norma. Se debe ir más allá para integrar el mando normativo.

Con respecto a los principios, uno de los símbolos del post- positivismo es la distinción de estas reglas. Ávila (2009) aduce que:

Principios son normas inmediatamente finalísticas, primariamente prospectivas y con pretensiones de complementariedad y parcialidad, para cuya aplicación se requiere una evaluación de la correlación entre el estado de cosas a ser promovido y los efectos derivados de la conducta hecha como necesaria para su promoción; ya reglas son normas inmediatamente descriptivas, principalmente retrospectivas y con pretensión de decisión y alcance, para cuya aplicación se requiere la evaluación de la correspondencia, siempre centrada en la finalidad que les da soporte o en los principios que les son axiológicamente sobrejacentes, entre la construcción conceptual de la descripción normativa y la construcción conceptual de los hechos.

En la teoría de Dworkin, principio y regla jurídica poseen una distinción lógica, siendo que ambos provienen de puntos comunes para decisiones particulares sobre una determinada obligación jurídica en circunstancias particulares, pero son distintos en el carácter de dirección que cada uno de estos engloba.



Por lo tanto, las norma/reglas se aplican teniendo la idea de todo o nada, es decir, dentro de los aspectos que abarca la norma/regla, o bien esta regla es válida y debe ser aceptada, o bien esta regla no es válida y nada contribuye a la decisión. Ya los principios confieren coherencia y justificación al sistema jurídico, permitiendo así al juez, cuando éste se encuentre ante los casos difíciles (*hard cases*), realizar la interpretación más en consonancia con la Constitución.

Alexy (2011) explica que la distinción entre principios y reglas no es nueva, pero a pesar de su uso frecuente, así como de su longevidad, se queda falta de claridad y polémica. Se trata de una pluralidad desconcertante de criterios distintivos y la delimitación en relación con otras cosas, como los valores, es oscura y su terminología es vacilante.

### **El autor citado explica el punto decisivo en la distinción entre normas y principios:**

El punto decisivo en la distinción entre reglas y principios es que principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Principios son, por lo tanto, mandamientos de optimización, que se caracterizan por poder ser satisfechos en grados variados y por el hecho de que la medida debida de su satisfacción no depende solamente de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El alcance de las posibilidades jurídicas viene determinado por los principios y reglas colindantes.

Las reglas son normas que siempre se cumplen o no se cumplen. Si una regla vale, entonces se debe hacer exactamente lo que ella exige; ni más, ni menos. Reglas contienen, por lo tanto, determinaciones en el ámbito de lo que es fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la distinción entre reglas y principios es una distinción cualitativa, no una distinción de grado. Cada norma es una regla o un principio.

Entonces, de acuerdo con la teoría de Alexy, los principios son normas que exigen que algo deba ser realizado en la mayor medida posible, conforme a las posibilidades jurídicas y reales del caso concreto y, de esta forma, los principios son mandamientos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados, siendo que su cumplimiento no depende solamente de posibilidades reales, sino también de las posibilidades jurídicas.

Por consiguiente, el alcance de las posibilidades jurídicas viene determinado por principios y normas opuestas.



Para Rothenburg (2003), en el que, pese a la diferenciación entre reglas y principios, éstos también poseen sus similitudes y así asevera.

Tanto las reglas como los principios son normas, porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden formularse con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandamiento, del permiso y de la prohibición. Los principios, tales como las reglas, son razones para juicios concretos de ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente.

El autor citado también hace la diferenciación entre principio y regla, explicando que se trata de la diferenciación entre dos tipos de normas. Así, las diferencias son trazadas a través de la facción normativa de éstos.

Da Silva distingue principio y regla, también corroborando con los entendimientos de Alexy y Rothenburg:

Así, siempre que se mencione el concepto de principio, [...], deberá ser entendido como mandamiento de optimización, es decir, como norma que garantizan derechos o impone deberes prima facie. Por lo tanto, no se hará referencia al principio como disposición fundamental de un sistema o algo similar. Lo mismo vale para reglas: cuando se mencionan, estarán siempre en contraposición a los principios, es decir, como normas que garantizan derechos o imponen deberes definitivos.

El adocinador citado explica además que los criterios que utiliza para distinguir principios y reglas, que corroboran con Robert Alexy, son diferentes del criterio utilizado por la doctrina brasileña y así aduce:

"Principios" se definen como "mandamientos nucleares" o "disposiciones fundamentales" de un sistema, o como "núcleos de condensación". La nomenclatura puede variar un poco de autor a autor - y son varios los que se han dedicado al problema de los principios jurídicos en Brasil-, pero la idea suele ser la misma: principios serían las normas más fundamentales del sistema, mientras que las reglas suelen definirse como una concreción de estos principios y tendrían, por eso, un carácter más instrumental y menos fundamental.

No se pretende profundizar en este debate, pues no se trata del foco en el presente estudio, pero cabe señalar que, de acuerdo con estos entendimientos, el nuevo Derecho constitucional no debe regirse sólo por las reglas que terminan por congelar el ordenamiento jurídico, sino, también, en los principios que

transfieren al intérprete una dosis importante de discrecionalidad.

Principios no son reglas; reglas son comandos que describen conductas específicas y principios son normas que engloban valores o apuntan fines públicos que pueden ser realizados por diferentes medios.

Los principios necesitan valoración.

Si, por un lado, la regla congela el derecho, por otro el principio da forma.

Ya en lo que concierne a las colisiones de normas constitucionales, sean éstas de principios o derechos fundamentales, pasan a ser vistas como un fenómeno natural del constitucionalismo contemporáneo

En el caso de la colisión de derechos, la actuación del intérprete dará lugar al derecho aplicado en el caso concreto.

Barroso (2013) explica que en caso de colisión de normas existe la necesidad de ponderación. El intérprete deberá hacer uso de concesiones recíprocas, observando al máximo posible cada uno de los intereses en disputa y, por tanto, elegir el derecho que deberá prevalecer de acuerdo con la mayor compatibilidad posible con la voluntad constitucional, el concepto clave en esta materia es el principio instrumental de la razonabilidad.

Así, con el neoconstitucionalismo, para estos casos se buscan soluciones posibles y razonables que deberán ser efectivas mediante ponderación y esencialmente argumentación y racionalidad en las sentencias dictadas.

## **CONCLUSIÓN**

Se concluye que el neoconstitucionalismo, ha sido el responsable de la creación de un nuevo modelo de Derecho constitucional, que coloca la Constitución en una posición destacada en varios países europeos y en los sistemas jurídicos latinoamericanos, redefiniendo su papel y el papel del derecho constitucional, en relación con las demás normas previstas en sus ordenamientos jurídicos, situación que en Brasil y México no ha sido diferente.

En Brasil y México, la modernización y la transformación del derecho constitucional, se dio con el advenimiento de la Constitución Federal de 1988 y la Reforma Constitucional mexicana publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, surgiendo en un contexto de búsqueda por la defensa y la realización de los derechos fundamentales del individuo y de la colectividad, en las más diferentes áreas, colocando el texto constitucional como un verdadero garante de esos derechos y por



encima de las demás leyes. Al unir ideas de constitucionalismo y de democracia, surgió una nueva forma de gobernanza y de organización político-jurídica, también conocida hoy en día como "Estado democrático de Derecho", donde la dignidad de la persona humana pasó a ser su fundamento mayor.

La norma constitucional pasó a tener estado de norma jurídica, con carácter vinculante y efectividad máxima, para que derechos fundamentales y garantías individuales antes no observadas, ganaran una mayor protección y permitiera la creación de mecanismos que viabilizasen su aplicación.

El principio de la dignidad de la persona humana, también previsto en varios Tratados Internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (piedra angular convencional de promoción, protección y defensa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos), entre otros, es la fuerza motriz, el principio fundamental y rector del Estado Brasileño y Mexicano, a través de las reformas constitucionales ya analizadas y aprobadas por el poder constituyente permanente reformador de la Constitución.

La modernización del Derecho Constitucional, por lo tanto, es el resultado de la afirmación de los derechos fundamentales como punto central de la protección de la dignidad de la persona humana, plasmada en la idea de que la Constitución Federal, en una República Federativa, ante su supremacía, por estar por encima de cualquier ley o acto normativo, es el lugar adecuado para positivizar normas seguras de esas pretensiones, con máxima efectividad y fuerza vinculante ante las demás normas por debajo del texto constitucional lo que le da un nuevo matiz globalizador.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

Andreou, A. Generative AI Could Help Solve the U.S. Mental Health Crisis. Psychology Today. Available online: <https://www.psychologytoday.com/au/blog/the-doctor-of-the-future/202303/generative-ai-could-help-solve-the-us-mental-health-crisis>



BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Biblioteca virtual da procuradoria geral do estado de São Paulo. Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm> . Acesso em: 09 jun 2020.

Biblioteca virtual de direitos humanos – universidade de São Paulo-USP. Declaração de Direitos do Deficiente Mental – 1971. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-deDefici%C3%Aancia/declaracao-de-direitos-dodeficiente-mental.html> . Acesso em: 13 jun 2020 .

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORCAT, Juliana Cristina; PALUMBO, Livia Pelli. A Constituição Cidadã da República Federativa do Brasil (1988). In GOMES, Júlio de Souza; ZAMARIAN, Livia Pitelli (orgs.). As constituições do Brasil: análise histórica das constituições e de temas relevantes ao constitucionalismo pátrio. Birigui: Boreal, 2012.

BRASIL. Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20072010/2009/decreto/d694\\_9.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2009/decreto/d694_9.htm) . Acesso em: 13 jun 2020.

<sup>1</sup>CARBONELL, Miguel, *et al.* “La Reforma y las Normas de Derechos Humanos previstas en los Tratados Internacionales y Las Obligaciones del Estado en el artículo 1 de la Constitución mexicana”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, (Comp), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un Nuevo Paradigma*, 3ª ed., México, Editorial Porrúa-UNAM, 2013, pp. 39 a 63.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917,5 de Febrero). Diario Oficial de la Federación.

COMPARATO, Fábio Konder. Afirmção histórica dos direitos humanos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O que são direitos das pessoas. São Paulo: Brasiliense, 1984.



DHNET – REDE DE DIREITOS HUMANOS & CULTURA. Declaração dos Direitos de Virgínia de 1776. Disponível em: <https://www.dhnet.org.br/direitos /anthist/dec1776.htm>. Acesso em: 13 jun de 2020.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial – 1965. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/pd-eliminacao-discrimina-racial.html>. Acesso em: 13 jun 2020.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a Constituição da Europa: um ensaio. Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: UNESP, 2012.

Herrera Vargas , C. (2022). Importancia de la aplicacion de los niveles de bioseguridad en contacto con los pacientes. Revista Científica De Salud Y Desarrollo Humano, 3(2), 31-46. <https://doi.org/10.61368/r.s.d.h.v3i2.33>

JUNIOR, Nelson Nery. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Martínez, J. (2023). El Rol Vital de la Formación Permanente en el Crecimiento Profesional de las Enfermeras. Emergentes - Revista Científica, 3(1), 20-37. <https://doi.org/10.60112/erc.v3i1.19>

Morales Fretes, F. R., & Ramirez Davalos, Y. G. (2023). Experiencia vivida por pacientes en diálisis peritoneal domiciliaria: Estudios de casos en la ciudad Pilar, Paraguay. Sapiencia Revista Científica Y Académica , 3(2), 92-110. <https://doi.org/10.61598/s.r.c.a.v3i2.57>

NEME, Eliana Franco. Limites constitucionais para a experimentação com animais: uma aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. Bauru: Edite, 2006.

Paz M. L.A., González H. M., y González G. J. (2016). *DERECHO LATINOAMERICANO “Regulación de la indemnización patrimonial por error judicial a la luz del paradigma de convencionalidad en México y en Paraguay”*. Arandurá Editorial.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações,



alcance e impacto. In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (coord.). Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTAL MEC. Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes - 1975. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec\\_def.pdf](http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf). Acesso em 13 de junho 2020.

RAMOS, André de Carvalho Ramos. Processo internacional de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

Ramírez González, J. C. (2022). La Influencia de los Medios de Comunicación en los Juicios. Estudios Y Perspectivas Revista Científica Y Académica, 2(1), 27-50. <https://doi.org/10.61384/r.c.a.v2i1.8>

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Paulo Bonavides (org.), Belo Horizonte: Del Rey, jan-jun. 2003.

TEIXEIRA, Jônatas Eduardo B.M.; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. A corte interamericana e as repercussões para o Brasil. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (orgs.). Sistema constitucional de garantias. Birigui: Boreal, 2013.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

