

LA INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JUDICIAL EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*

APUNTES SOBRE LA OPTIMIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Rogelio López Sánchez**

Sumario: Introducción; 1. Los fundamentos de los derechos humanos; 2. Necesidad y utilidad de una Teoría de los Derechos Humanos; 2.1 Principales teorías de los Derechos Fundamentales; 3. Instrumentos propuestos para la interpretación y argumentación en materia de derechos fundamentales; 3.1 Distinción entre valores, reglas y principios; 3.2 Conflictos y colisión entre derechos; 3.3 La Garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales; 3.4 Los principios y la ponderación; 4. Los Principios interpretativos en los Tratados y Declaraciones Internacionales en materia de derechos humanos; 5. Conclusiones y análisis de la optimización, adecuación e idoneidad de los principios en los sistemas jurídicos: el modelo garantista.

Introducción. Acertadamente establecía el maestro Manuel Atienza, *el Derecho es argumentación*¹, más que un conjunto de preceptos fríos y abstractos que eran aplicados de manera rígida y mecánica por los jueces, hoy en día en la actividad judicial, resulta imperioso hablar de valores y principios en el derecho. La tarea judicial es una de las áreas más complejas y atractivas de la ciencia jurídica, ya que

* Este trabajo se desarrolla dentro del proyecto de investigación apoyado por la Universidad Autónoma de Nuevo León en la convocatoria de PAICYT 2007 titulado: *La promoción de los derechos humanos a través de una Ciudadanía activa y democrática en el Estado de Nuevo León*, cuyo coordinador es el Dr. Rafael Enrique Aguilera Portales.

** Profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Secretario Académico de la Revista *ISOTIMIA* (Revista Internacional de Filosofía Política y Jurídica) Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología Universidad Autónoma de Nuevo León. Contacto: lo6sa.derecho@gmail.com

¹ "El avance del Estado Constitucional va acompañado de un incremento cualitativo y cuantitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos [...] no se sigue que el constitucionalismo sea una especie de iusnaturalismo [...] si no más bien que la posible función del derecho natural se desplaza hacia otro lado: el iusnaturalismo no puede subsistir, o resurgir, como tesis ontológica del Derecho, sino, en todo caso, como teoría sobre la fundamentación del derecho como deontología jurídica". ATIENZA, Manuel. "El derecho como argumentación", en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, Fontamara, México, 2004, pp. 95 y 110. Submissão 09/04/08. Aprovação 20/05/08

la actividad interpretativa y argumentativa en materia de derechos fundamentales que diariamente legitima a los jueces constitucionales, se vuelve imprescindible en el marco de esta corriente contemporánea denominada por algunos autores como Neoconstitucionalismo².

La función judicial ya no representa de ninguna manera el clásico proceso mecánico y rígido de silogismo y subsunción sin análisis. Se devuelve la operatividad a la jurisdicción mediante el establecimiento de “cláusulas valorativas o materiales³”. Definitivamente, y sin temor a ser identificado con la corriente neoiusnaturalista, caminamos hacia un “constitucionalismo ético donde la necesaria y olvidada conexión entre derecho y moral vuelve a hacerse presente, el juez ha salido de la alternativa entre la “boca muda” o “juez legislador”; ya que la moral penetra no solamente mediante la teoría o la doctrina, sino que aparece mucho más difusamente en una simbiosis entre Constitución y jurisdicción, es decir, entre los valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación⁴”.

Diversas opiniones de especialistas en el área de la Filosofía del derecho afirman que el modelo positivista está agotado⁵, consideramos que el aporte del positivismo jurídico a la ciencia del derecho debe ser revisado de manera crítica, flexible y abierta, pues nos encontramos con una renovación del constitucionalismo, la apertura hacia una mayor interpretación y la argumentación jurídica. El estudio de

² El maestro Luis Prieto Sanchís aborda este nuevo paradigma en la ciencia jurídica, denominado neoconstitucionalismo, constitucionalismo moderno o simplemente constitucionalismo. Sintetiza las características del neoconstitucionalismo teórico expuesto por diversos juristas ubicados en esta concepción como: “mas principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios”. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002, p. 121.

³ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 140.

⁴ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1999, p. 23. La tendencia a la no vinculación entre la ciencia y la moral se hizo visible durante las primeras cuatro décadas del siglo XX. Ejemplo de ello son autores como Lionel Robins en economía, con su obra: *Ensayo sobre la naturaleza y significado de la ciencia económica*, de 1935; Hans Kelsen en derecho, con su libro: *Teoría pura del derecho*, de 1934; y el de Julius Ayer en filosofía con su *Lenguaje, verdad y lógica*, de 1936. Cfr. VÁZQUEZ, Rodolfo, “Derecho y Moral” en *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Trotta, Madrid, 2006, p. 17.

⁵ Vid. SERNA, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006. Cfr. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Utilidad y sentido metodológico, hermenéutico, ontológico, axiológico y didáctico de la Filosofía del derecho”, en *Cultura y Conocimiento Jurídico*, (Revista Semestral del Instituto de Investigaciones Jurídicas), No.1, FACDyC, UANL, Ciudad Universitaria, México, 2007, pp. 11-41. El iusfilósofo Rafael Aguilera aborda el agotamiento del paradigma positivista, llevando a cabo un estudio sobre los factores que han debilitado los estudios filosófico-jurídicos y la renovación en el estudio de los mismos. Definitivamente, como afirma el referido autor, la racionalidad instrumental reduce nuestra ciencia del derecho a una mera ingeniería social ligada a aspectos meramente técnicos o formales, por ello, la necesidad de volver y continuar la vasta obra iniciada por los antiguos sobre la filosofía del derecho.

la historia constitucional en materia de derechos humanos⁶ debe servir como base fundamental para dotar de sentido y comprender las aspiraciones y necesidades de nuestra época, pues la tradición romano-germana a la que pertenecemos ha estado impregnada por un positivismo jurídico exacerbado⁷, esto ha provocado un atraso considerable en nuestra justicia constitucional para dar plena efectividad jurídica a los derechos fundamentales.

Estamos a punto de abordar uno de los temas “de moda” en el campo de la teoría del derecho y de la filosofía jurídica, me refiero a la argumentación y la interpretación del derecho. Estas cuestiones no son nuevas para la ciencia jurídica, sin embargo su reciente auge y redescubrimiento se debe a la reinención de las posturas clásicas para la fundamentación de los derechos humanos y en especial, la del iusnaturalismo racionalista, proveniente del modelo inglés de derechos humanos; y es por este motivo que en la actualidad, los derechos deben ser lineamientos vivos que guíen a nuestra ciudadanía, y deben ser concebidos, como bien lo refería el famoso iuspublicista de la Universidad de Bayreuth, parte de la cultura⁸

El presente artículo tiene como objetivo analizar la influencia e importancia de la interpretación y argumentación en los derechos humanos. Antes de comenzar nuestro tema principal daremos una breve revisión a los fundamentos de los derechos, en segundo lugar, abordaremos la teoría de los derechos humanos, en el tercer apartado estudiaremos la interesante temática referente a los instrumentos interpretativos y de argumentación en materia de derechos fundamentales; antes de pasar al tema final de este trabajo, deberemos distinguir la necesaria diferenciación que debe realizarse entre valores, principios y reglas constitucionales así como la cláusula o garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Finalmente, llevaremos a cabo el análisis de los principios interpretativos de algunas Declaraciones y Tratados Internacionales que consideramos más relevantes para la defensa y protección de los derechos fundamentales.

⁶ Como acertadamente lo establece el autor italiano Zagrebelsky: “La historia constitucional no es un pasado inerte sino la continua reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro”. Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución*, Trotta, Madrid, 2005, p. 91. Recordemos también el brillante trabajo del maestro italiano cuando realiza el análisis de los tres modelos clásicos de derechos fundamentales, el estatalista, el individualista y el historicista. Cfr. FIORAVANTI, Mauricio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000. Cfr. FIORAVANTI, Mauricio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2002.

⁷ Recordemos que los países latinoamericanos recibieron la influencia del modelo legicentrista, estatalista francés, por este motivo, la tradición en materia de interpretación de los derechos humanos no ha tenido el desarrollo jurisprudencial y doctrinal debido. Vid. TORRES, Estrada, Pedro, “Las tendencias del derecho constitucional en México” en *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, Pedro Torres Estrada (cord.), Limusa, México, 2006, pp. 227-242.

⁸ Cfr. HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad y fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, (trad. de Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, prólogo de Antonio López Pina), Madrid, Trotta, 1998.

1. Los fundamentos de los derechos humanos.

La evolución de los derechos es un proceso de una constante tensión dialéctica a lo largo de la historia. Definitivamente los tres paradigmas: el inglés, el americano y el francés han contribuido a enriquecer y comprender los modelos actuales de nuestras culturas jurídicas contemporáneas, mostrando nuestros aciertos y errores en materia de fundamentación e interpretación de los derechos.

El modelo inglés tiene como antecedentes la famosa *Carta Magna de Juan sin tierra en 1215*, la *Petition of Rights de 1628*, el *Acta de Habeas Corpus de 1679*, la *Bill of Rights de 1689*, y el *Act of Settlement de 1701*. La característica peculiar de este modelo historicista según FIORAVANTI consiste en “la concesión de libertades por parte del estado, mediante el tránsito pacífico del estado medieval al estado moderno del siglo XVII, prescindiendo de la presencia de un poder político soberano altamente concentrado, capaz de definir las esferas de las libertades individuales⁹”.

Por otra parte, el modelo americano es heredero en ciertos aspectos de la tradición inglesa. Las ideas del liberalismo político, las teorías contractualistas y la preeminencia de un derecho natural sobre el derecho positivo es característica del modelo individualista americano¹⁰. Los antecedentes se remontan al siglo XVIII con los “acuerdos, cartas, privilegios, teniendo una clara influencia del iusnaturalismo racionalista ilustrado, de gran influencia religiosa, la *Declaración del Pueblo de Virginia*¹¹” y la *Declaración de Independencia de 1776*. El modelo americano es *historicista e individualista*¹² según la clasificación del maestro FIORAVANTI. A su vez, el triunfo de la razón sobre la historia fue el principal aliciente para los constituyentes norteamericanos¹³. Pero quizá la característica más significativa de este modelo son las limitaciones establecidas para los

⁹ Cfr. FIORAVANTI, Mauricio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, op. cit., pp. 31- 33.

¹⁰ “Las Declaraciones de Derechos americana y francesa tienen un fundamento contractualista [...] la faz del contractualismo como ideología de dominio, conservadora, que consagra el estado de cosas y fundamenta y consolida un Estado de propietarios”. Cfr. PECES BARBA, MARTINEZ, Gregorio, y DORADO PORRAS, Javier, “Derecho, sociedad y cultura”, en *El contexto social y cultural de los derechos. Rasgos generales de evolución*, Capítulo I, Volumen I, Tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, Edición coordinada por PECES BARBA, M. Gregorio, FERNÁNDEZ GARCÍA y otros, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 82-83. Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, “La aportación de las teorías contractualistas”, en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo VI, Volumen II, Tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 21-27.

¹¹ Cfr. PECES BARBA M., Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III, B. O. E., Madrid, 1999, pp. 148-149.

¹² El modelo individualista “admite y quiere, al comienzo de la experiencia colectiva, la sociedad de individuos políticamente activos, con su autónoma subjetividad distinta y precedente al estado”, que impone respectivamente la presunción general de libertad y la presencia de un poder constituyente ya estructurado, de esta mezcla del modelo historicista e individualista surge una Constitución que limita los poderes. Cfr. FIORAVANTI, Mauricio, *Los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 43.

legisladores y la libertad otorgada a los jueces para llevar a cabo su labor interpretativa y argumentativa¹⁴.

El paradigma francés de derechos fundamentales tiene antecedentes negativos en la actividad interpretativa y argumentativa de los jueces, debido a que estos habían estado durante mucho tiempo al servicio de la monarquía durante el periodo del absolutismo francés¹⁵. En Francia, la necesidad de ruptura radical y drástica del antiguo modelo dio origen al modelo estatalista¹⁶. Este modelo concedió primacía a la labor del legislador legítimamente electo, de esta forma, la producción de las leyes fue más importante que la labor de los jueces. La manera como fue aplicada esta ideología desembocó en un legicentrismo o excesivo culto hacia la ley.

La evolución del Estado de Derecho tiene su fundamentación en el racionalismo iusnaturalista¹⁷. El proceso de evolución de los derechos fundamentales: la positivación, la generalización y la especificación, así como los valores jurídicos fundamentales como la dignidad humana, la libertad y la igualdad¹⁸, que protegerán las Cartas Constitucionales tienen su fundamento en las distintas ideas del liberalismo político, el contractualismo y la Ilustración¹⁹ respectivamente. De esta forma, nace el principio de seguridad jurídica como la certeza del derecho consistente en: “[...] *la posibilidad de conocimiento previo por los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus actos. Con ello se tiende a establecer un clima mínimo de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de derecho*²⁰”.

¹³ “El triunfo de la razón sobre la historia, frente al naturalismo determinista de la historia, la Constitución es un artificio de la razón; [...] es una obra premeditada que se quiere perfecta y definitiva; frente a la naturaleza consuetudinaria e insegura de un orden basado en la tradición, la Constitución es un texto escrito y cierto; frente a unos privilegios singulares decantados en el transcurso del tiempo, los derechos naturales son conquistados de una vez y para siempre, frente a la legitimidad que suministra el pasado simplemente porque es viejo, la Constitución reposa en la legitimidad de lo que se proclama racional”. Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2002, p. 48.

¹⁴ Recuérdese la sentencia *Marbury vs Madison*, principal antecedente del modelo difuso de la constitución norteamericana. Vid. ETO CRUZ Gerardo, “John Marshall y la sentencia *Marbury vs. Madison*”, *Derecho Procesal Constitucional*, cord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Tomo I, Porrúa, México, 2002, pp. 21-63. *Marbury* fue el primer caso en el cual la Corte Suprema de Estados Unidos defendió que una Corte Federal tiene el poder de rehusarse a dar efecto a la legislación del Congreso si esta es inconsistente con la interpretación constitucional de la Corte. TRIBE H., Laurence, *American Constitutional Law*, 2nd. The Foundation Press Inn, Inc., Mienola, New York, 1988, p. 23.

¹⁵ Cfr. CARBONELL, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2005, p. 151.

¹⁶ Cfr. FIORAVANTI, Mauricio, *Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 50.

¹⁷ “La teoría de los derechos fundamentales y del principio de legalidad que le sirven de soporte fueron formuladas bajo los auspicios del iusnaturalismo iluminista”. Cfr. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos*, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 2001, p. 242.

¹⁸ Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 2005.

¹⁹ Dentro de este proceso podemos incluir obras emblemáticas que marcaran un gran precedente en el contenido sustantivo de los derechos y en las teorías contractualistas: Cfr. LOCKE, John, *Concerning Civil Government*, Second Essay, Great Books, Encyclopedia Britannic, Chapter XI. USA, Inc. V.33, 2nd ed., 1996. Cfr. ROSSEAU, Jacob, *El Contrato Social*, Libro I, Capítulo VI, Garnier, París, 1909. Cfr. MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Tomo I, Garnier Hermanos, París, 1908.

²⁰ Cfr. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 70.

Acerca del concepto adecuado ¿Derechos Fundamentales o Derechos Humanos?

Conviene precisar conceptualmente nuestra postura al respecto sobre el término adecuado con el cual nos referiremos a los derechos. En la actualidad, como bien ya mencionamos en líneas anteriores, la corrección que se ha realizado del positivismo ha sido en esencia, la reconexión necesaria entre el derecho y la moral, incluso hay quienes hablan de derechos morales como DWORKIN²¹ o el maestro CARLOS NINO²². Desde nuestra óptica, consideramos que las posturas moderadas para referirse a los derechos son las más adecuadas. Coincidimos con el término derechos humanos, cuando se fundamenta en una visión iusnaturalista racional, crítica o deontológica en oposición al modelo iusnaturalista dogmático, ontológico o radical²³ y por otra parte, aceptamos el término derechos fundamentales desde la perspectiva de un positivismo corregido o moderado. A la luz de los modelos y fundamentaciones que hemos analizado estableceremos como punto de partida una definición de derechos fundamentales:

“todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas o ciudadanos, con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”²⁴.

En el marco del Neoconstitucionalismo, debemos de entrar al estudio de las diversas teorías en materia de derechos fundamentales que son descritas por los especialistas en la materia. Este nuevo paradigma en la ciencia jurídica surge posterior a la Segunda Guerra Mundial y pretende que la Constitución deje de ser sólo un sistema de garantías jurídicas para convertirse en un sistema de valores que impregnen todo el ordenamiento jurídico. El Neoconstitucionalismo para los modelos jurídicos contemporáneos personifica un “modelo de organización jurídico-

²¹ Cfr. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, España, 1999.

²² Cfr. NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

²³ “El iusnaturalismo ontológico, dogmático o radical, postula un orden de valores producto de un objetivo metafísico trascendente [...] el iusnaturalismo deontológico, crítico o moderado no niega la juridicidad del derecho positivo injusto, pero establece los criterios para comprobar su disvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica y sus sustitución por un orden jurídico justo” Cfr. AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Utilidad y sentido metodológico, hermenéutico, ontológico, axiológico y didáctico de la Filosofía del derecho”, *op. cit.*, p. 19.

²⁴ Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005, p. 19. Cabe señalar que FERRAJOLI, con desligándose de la influencia kelseniana y positivista, abandona la concepción del “derecho subjetivo como mero reflejo de la obligación jurídica de otro” establecida por el jurista austriaco. Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 2003, p. 145.

política, un perfeccionamiento del estado de derecho”²⁵. Este *modelo* puede sintetizarse en tres dimensiones: teórica, ideológica y metodológica²⁶.

2. Necesidad y utilidad de una Teoría de los Derechos Humanos.

La utilidad de una teoría de los derechos fundamentales proviene de la necesidad del juez constitucional para llevar a cabo su labor interpretativa, haciendo uso de una o varias teorías de derechos conforme al contexto y la situación particular que se le presente, pues recordemos que el derecho es dúctil, según nuestra concepción defendida, y la interpretación debe adecuarse a los principios, valores y normas constitucionales.

Una teoría de los derechos fundamentales puede definirse como “una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, los objetivos normativos y el alcance material de los derechos fundamentales²⁷”. El contenido normativo consiste en una teoría de principios o valores mientras que la teoría material se encarga de estructurar la argumentación iusfundamental mediante una teoría de principios que los coloque en un orden blando, a través de prioridades *prima facie*, en aras de los principios de la libertad e igualdad jurídica. En este sentido, coincidimos que sería imposible tener una teoría material de los derechos fundamentales que establezca con carácter obligatorio la solución a cada derecho fundamental²⁸, cada caso concreto exigirá un análisis y fundamentación en base a esos principios por parte del juez constitucional.

Una teoría jurídica de los derechos fundamentales puede ser vista desde tres dimensiones de la dogmática jurídica²⁹:

- Analítica: trata de la consideración sistemático conceptual del derecho válido. Por ejemplo, el análisis de los conceptos fundamentales (concepto de norma, derecho subjetivo, libertad y de igualdad), pasando por la construcción jurídica (relación entre el supuesto de hecho y las restricciones de los derechos fundamentales y el efecto frente a terceros), hasta la investigación de la estructura del sistema jurídico (por ejemplo, la llamada irradiación de los derechos

²⁵ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en *Neoconstitucionalismo (s)*, Coordinador Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003, p. 157.

²⁶ “La parte teórica está caracterizada por una constitución invasora, por la positividad de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia de principios y reglas, el punto ideológico, valora positivamente los logros del proceso de constitucionalización y propone su defensa y ampliación, y la postura metodológica, que sostiene la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral”. Cfr. COMANDUCCI Paolo, “Formas de Neoconstitucionalismo, un análisis metateórico”, en *Neoconstitucionalismo (s)*, Miguel Carbonell Cord., Trotta, Madrid, 2003, pp. 83-87.

²⁷ Cfr. BÖCKENFÖRDE, E. W., “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation” en *NJW*, 1974, p. 1529. Citado por ALEX Y, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986, trad. cast. *Teoría de los derechos fundamentales*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), CEPC, Madrid, 2002, (3ª reimp.), p. 542.

²⁸ Cfr. ALEX Y, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 552.

²⁹ *Teoría de los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 29-32.

fundamentales) y la fundamentación sobre la base de derechos fundamentales (por ejemplo, de la ponderación).

- Empírica: consiste en la relación que se establece entre el conocimiento del derecho positivamente válido con la utilización de premisas empíricas en la argumentación jurídica.

- Normativa: trata de la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis jurisprudencial.

La propuesta del maestro Robert Alexy en referencia a la estructura ideal que debe tener una Teoría de los Derechos Fundamentales, en la cual me fundamento es preponderantemente analítica, ya que se dedica a investigar estructuras y fundamentos de los derechos fundamentales así como su influencia en el sistema jurídico, tomando en cuenta las tareas de una teoría integrativa³⁰.

2.1 Principales teorías de los Derechos Fundamentales.

En este punto señalaremos las principales teorías de derechos humanos. Recordemos que cada teoría tiene un trasfondo doctrinal del cual hacen uso los operadores jurídicos en cada caso específico que se les presenta, y que, en última instancia, legitima al juez no a través de una mayoría popular sino de la fuerza y razón de sus argumentos. Ejemplo de esto pudieran ser los fallos de cualquier Corte Suprema en el mundo, cuando colisionan derechos como la libertad de expresión y el derecho a la intimidad o el derecho a una vivienda digna y la escasez de recursos para satisfacerlos. En este caso, debe hacerse uso de la teoría del Estado Social y el uso de los principios como el del Estado Democrático y Social de Derecho, y así poder justificar la existencia de un sistema mínimo de garantías sociales para todos los habitantes.

La *teoría positivista* concluyó el proceso de racionalización de los derechos humanos, plasmando en textos legales las pretensiones de los gobernados. Ya habíamos estudiado en el apartado de evolución de los derechos, el peligro que representaba para el Estado las ideas iusnaturalistas racionales, de ahí que se buscara la legitimidad mediante el establecimiento de unos derechos siguiendo un procedimiento legislativo de representantes populares, los cuales contaban con la aprobación de la población³¹.

La *teoría del orden de valores* fue elaborada por Rudolf Smend. Su teoría de la integración sentó los cimientos para una interpretación axiológica de los derechos fundamentales, de esta forma, los derechos cumplen con su función integradora al sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento

³⁰ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 39

³¹ Cfr. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, op. cit., p. 297

democrático con la aprobación de la mayoría de los ciudadanos. Así mismo, los derechos fundamentales constituyen un sistema coherente que inspira todas las normas e instituciones del ordenamiento y prescribe las metas políticas a alcanzar³².

La *teoría liberal* “pone acento en los derechos de libertad como derechos oponibles al Estado, como derechos barrera que el individuo puede hacer valer frente al Estado y que lo pueden defender contra intromisiones de los poderes públicos³³”. Uno de sus principales representantes es John Rawls, quien ha establecido en su teoría de la justicia principios elementales del *liberalismo político y la igualdad*³⁴:

a. Cada persona tiene igual derecho a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para todos;

b. Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: primera deben relacionarse con puestos y posiciones favorables para todos en condiciones de plena equidad y de igualdad de oportunidades; y en segunda, deben redundar en el mayor beneficio de los miembros menos privilegiados de la sociedad.

La *teoría Institucional* de los derechos fundamentales ordena ámbitos vitales objetivos tendentes a la realización de ciertos fines. Los derechos, desde ésta óptica, reflejan circunstancias vitales y, al regularlas, las asumen y les confieren relevancia normativa³⁵.

En la *teoría axiológica* “los derechos reciben su contenido objetivo del fundamento axiológico de la comunidad política en la que se quieren aplicar; son, por tanto, expresión de decisiones axiológicas que la comunidad adopta para sí misma³⁶”.

3. Instrumentos propuestos para la interpretación y argumentación en materia de derechos fundamentales.

Vamos a iniciar con la función práctica que debe cumplir cualquier teoría de la argumentación, la primera es de carácter teórico o cognoscitivo, la segunda tiene una naturaleza práctica o técnica, mientras, la tercera podría calificarse como política o moral³⁷. La función práctica o técnica de la teoría de la argumentación que hemos de utilizar en apartados ulteriores debe ser capaz de ofrecer una orientación

³² *Ibid.*, p. 298.

³³ Cfr. CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa, México, 2005, pp. 35-38.

³⁴ Cfr. RAWLS, John, *Liberalismo político*, F. C. E., México, 1996, p. 271.

³⁵ Cfr. CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México, op. cit.*, p. 39.

³⁶ *Ibid.*, pp. 40-41.

³⁷ Cfr. ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, I.I.J., UNAM, México, 2003, p. 216.

útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho³⁸.

Las características principales de esta teoría pudieran clasificarse en dos³⁹:

- La justificación interna: decide sencillamente si se están siguiendo las premisas que se aducen como fundamentación, en este caso el objeto de justificación es la corrección de estas premisas.

- La justificación externa, decide cómo podemos clasificar en seis grupos las reglas y formas: 1. Interpretación, 2. argumentación dogmática 3. Uso de los precedentes 4. La argumentación práctica general y 5. La argumentación empírica, así como 6. Las llamadas formas especiales de argumentos jurídicos⁴⁰.

Pero el problema de la argumentación a partir de principios proviene de la concreción que puedan tener y la elaboración de nuevos enunciados normativos⁴¹, la argumentación constitucional en materia de derechos humanos tiene como principales características la “ley”, el “precedente” y la “dogmática”⁴².

3.1 Distinción entre valores, reglas y principios.

Esta distinción es importante, ya que auxilia a la teoría de los derechos y ayuda a la comprensión de las nuevas tendencias del actual constitucionalismo contemporáneo.

Los valores pueden ser definidos como aquellas directrices generales por las cuales la Constitución quiere que se oriente el sistema normativo y la dimensión de estos se pudiera clasificar de la siguiente forma⁴³:

a) *fundamentadora*, en el plano estático, del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto;

b) *orientadora*, en sentido dinámico, del orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados, que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional.

c) *crítica*, en cuanto que su función, como la de cualquier otro valor, reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración jurídica hechos y conductas.

³⁸ *Ibid.*, p. 217.

³⁹ Cfr. ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, trad. cast., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), CEPC, Madrid, 1997, p. 213.

⁴⁰ Las formas de argumentos pueden clasificarse en: semántico, genético, histórico, comparativos, sistemático, teleológico, *Ibid.*, p. 226.

⁴¹ *Ibid.*, p. 234.

⁴² Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 533.

⁴³ Cfr. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 288.

Algunos ejemplos de valores constitucionales son⁴⁴:

- Los establecidos en el artículo 3º de la CPEUM⁴⁵ cuando hace referencia a como debe ser la educación nacional: democrática, plural, que fomente el amor a la patria, etc.

- El art. 89 de la CPEUM o el artículo 4º de la Constitución de la República Federativa de Brasil cuando hacen referencia sobre como debe regirse la política exterior de estas naciones, es decir, respetando la autodeterminación de los pueblos, la solución pacífica de controversias, la lucha por la paz, la prevalencia de los derechos humanos, la igualdad entre los Estados.

Cabe hacer una muy breve puntualización sobre este último referido. Aunque las Constituciones señalen: “Principios que rigen las relaciones internacionales”, debemos entender que lo hacen en un sentido distinto al que tratamos en el presente estudio, puesto que, como afirmábamos al inicio del presente párrafo, son directrices generales por las cuales la Constitución desea que se orienten el sistema normativo en la generalidad.

Por otra parte, las “reglas son *normas* que sólo pueden ser cumplidas o no. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible⁴⁶”. Este modelo es “sostenido por quien considera que las normas de derecho fundamental son normas que posiblemente requieren complementación pero son siempre aplicables sin ponderación y, en este sentido, son libres de ponderación⁴⁷”.

Ahora toca hablar de los principios, ya habíamos insistido en la importancia de este tópico, pues en el Constitucionalismo Contemporáneo la interpretación y argumentación requiere del uso de principios, y la función más importante de ellos son la dimensión de explicación, de justificación y de legitimación y control del poder⁴⁸. De esta manera “se verían como piezas o instrumentos que permiten dar cuenta de una determinada realidad (...) nos permiten entender el derecho no como un conjunto simple de pautas, sino como un conjunto ordenado, como un conjunto dotado de sentido⁴⁹”.

Otra caracterización que se ha llevado sobre principios ha sido la establecida por la teoría que Ronald Dworkin para referirse a los derechos humanos utilizando

⁴⁴ TORRES ESTRADA, Pedro, “Las tendencias del derecho constitucional en México” en *Neoconstitucionalismo y estado de derecho*, op. cit., pp. 234-240.

⁴⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁶ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 87.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 118.

⁴⁸ Cfr. ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., p. 19.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 20.

el término de *derechos morales* desde una postura neousnaturalista⁵⁰. Esta concepción permanece fuertemente arraigada en la cultura jurídica anglosajona debido a la herencia del modelo historicista inglés.

El profesor ALEXY ha definido a los principios como *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas⁵¹. Entre la teoría de los principios y la máxima de proporcionalidad existe una conexión. La máxima de proporcionalidad implica tres máximas: la adecuación, necesidad (el medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto⁵². El modelo de ponderación proporciona un criterio al vincular la ley de ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. De este modo la ley de ponderación dice lo que tiene que ser fundamentado racionalmente⁵³.

De este modo la distinción entre reglas y principios puede ser clasificada de la siguiente forma⁵⁴:

- a) Las disposiciones que expresan principios son formuladas en un lenguaje extremadamente vago, fluido, indeterminado. Ejemplo: Art. 28 de la Ley Fundamental de Bonn, cuando señala que el orden constitucional de los Estados (Ländern) deberá responder a los *principios del Estado de derecho republicano, democrático y social*. De tal forma que cualquier Estado (Länder) que cree leyes que supriman alguna Ley donde se establezca alguna prestación social, estarán sujetos a la interpretación conforme que se haga de acuerdo al *principio del Estado democrático o social de derecho* establecido en la Ley Fundamental.
- b) Los principios son más generales, y más que dirigirse a los comportamientos se dirigen a las actitudes.

⁵⁰ El autor norteamericano construye una teoría a partir de la fusión entre los principios morales y jurídicos, ya que los primeros juegan un papel preponderante en el razonamiento de los jueces en los casos difíciles. Fundamenta su teoría conciliando positivismo y iusnaturalismo basándose en el modelo reconstructivista de Rawls. El modelo de la función judicial que postula el maestro Dworkin es el de la respuesta correcta. Cfr. DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, Ariel, España, 1999. Vid. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, España, 1999.

⁵¹ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 86.

⁵² *Ibid.*, pp. 111-112.

⁵³ *Ibid.*, pp. 167-169.

⁵⁴ CARDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, UNAM, I.I.J., México, 2007, (2ª reimp.) pp. 111-112.

- c) Los principios son normas categóricas que están privadas de un ámbito específico de aplicación.
- d) Se distinguen a los principios en virtud de su carácter de normas fundamentales (fundamento de otras normas) y porque dan identidad al ordenamiento en su conjunto. Ejemplo: el *principio de supremacía constitucional* que pudiera dar lugar a que ninguna ley inferior creada por los Estados pueda ser contraria a las disposiciones de la Constitución Federal, el *principio democrático* que permitiría a los integrantes de un partido político exigir la creación de leyes electorales para la selección democrática de los representantes gubernamentales, el *principio de división de poderes* que auxilia la labor de cada poder del estado sin invasión en las esferas competenciales.
- e) Los principios no admiten interpretación literal; tienen un carácter orientador respecto de las reglas; no es posible la aplicación por subsunción en los principios, y los conflictos entre principios se resuelven con la técnica de la ponderación, la cual analizaremos más adelante.

De lo que se trata es superar el antiguo paradigma del positivismo rígido y transitar a una “Constitución como cultura formada por principios, por valores y por derechos, permitiendo un constitucionalismo como ideología, que potencie el papel de los jueces⁵⁵”.

El derecho trata de lo que es debido, lo cual habla a favor del modelo de principios, ya que éste es de carácter deontológico. Los valores tienen un carácter axiológico⁵⁶, entre los más importantes: la igualdad, libertad, seguridad jurídica y solidaridad. Por otro lado, las normas son aplicables sin ponderación, estas pueden ser cumplidas o no.

Resumiendo, las diferencias existentes entre los valores, reglas y principios constitucionales pudieran ser las siguientes:

- La aplicación de un principio exige la intervención activa de quien aplica el derecho, el cual debe efectuar un ejercicio de ponderación al caso en concreto que aplicara el principio. Por otra parte las Reglas configuran un supuesto en forma cerrada y no pueden someterse a gradualización alguna, es decir, se cumplen o no se cumplen⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. PECES BARBA, M. G., “La Constitución en la cultura política y jurídica moderna” en *La Constitución y los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 198.

⁵⁶ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 147.

⁵⁷ TORRES ESTRADA, Pedro, “Las tendencias del derecho constitucional en México” *op. cit.*, pp. 234-240.

Algunos ejemplos de principios constitucionales son:

- Los principios de igualdad jurídica, de género, los principios de libertad de expresión, de tránsito, de creencias, los principios de división de poderes, el principio democrático, de supremacía constitucional, el principio liberal.

3.2 Conflictos y colisión entre derechos.

Esta parte de nuestro estudio será complementada con los posteriores apartados, debido a que las herramientas utilizadas por el juez constitucional cuando colisionan dos derechos fundamentales son los principios a los que hacemos referencia en nuestro estudio.

Definimos a una antinomia o contradicción normativa “cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden ser observadas simultáneamente⁵⁸”. Dichas antinomias son producidas debido a la falta de atención y argumentación por parte del legislador al momento de elaborar las leyes. Los criterios clásicos que han sido utilizados para resolver este tipo de conflictos son: el jerárquico, en cuya virtud la ley superior deroga a la inferior; el cronológico, por el que la ley posterior deroga a la anterior; y el de especialidad, que ordena la derogación de la ley general en presencia de la especial⁵⁹.

Cabe decir que, podremos encontrarnos frente a una simple antinomia o conflicto de derechos en abstracto o bien, por ejemplo cuando colisionan dos derechos fundamentales en un caso en particular es la libertad de expresión y el derecho a la intimidad de un individuo o las buenas costumbres, estos derechos no estarían en contradicción, aquí el juez tendría que hacer uso de los mecanismos como el juicio de ponderación para dar su fallo definitivo.

3.3 La Garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales (*die Wesensgehaltsgarantie*⁶⁰).

El contenido esencial es “aquella parte del derecho fundamental que resulta definitoria o identificadora del significado que un derecho tiene en nuestra cultura jurídica, y cuyo sacrificio lo desnaturalizaría⁶¹”. Aclararemos los elementos de esta definición. Esta protección “debe entenderse como una garantía institucional que

⁵⁸ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “El juicio de ponderación”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 175.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 176.

⁶⁰ Esta ha sido la fórmula alemana para designar a esta institución y se encuentra plasmada en el artículo 19,2 de la Ley Fundamental de Bonn y en el artículo 53.1 de la Constitución Española.

⁶¹ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Contenido esencial de los derechos fundamentales”, en *Diccionario de Derecho Constitucional*, Miguel Carbonell coord., Porrúa, I.I.J., México, 2002, p. 106.

hace referencia a los fines objetivamente establecidos (institucionalizados) por la Constitución y en función de los cuales, precisamente, se reconocen los derechos y libertades fundamentales⁶²”.

La utilidad de esta cláusula brinda certeza al gobernado, a la vez que obliga a los jueces a adecuarse a los contenidos y principios establecidos por la Constitución. Igualmente, obliga a pronunciarse sobre la misma forma en todos los casos en que estuviera en juego un derecho fundamental⁶³. Esta garantía exige el empleo del juicio de ponderación, proporcionalidad y el uso de las técnicas adecuadas de argumentación iusfundamental. Cabe señalar que esta fórmula no servirá siempre para delimitar lo esencial de cada derecho fundamental en abstracto, ya que sería imposible el suministrar los criterios orientativos para ello, pues solamente servirá en el momento del proceso judicial concreto⁶⁴.

Por último, existen dos teorías que explican el contenido esencial de los derechos fundamentales, una relativa y otra absoluta. La teoría relativa explica que el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación, por lo que esta garantía se reduce al principio de proporcionalidad y la teoría absoluta señala que existe un núcleo de cada derecho fundamental, que en ningún caso puede ser afectado⁶⁵.

3.4 Los principios y la ponderación.

Hemos llegado al punto donde se encontrarán soluciones para resolver conflictos entre principios, este mecanismo es llamado juicio de ponderación, aunque en algunas ocasiones también se le ha conocido como juicio de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción de la arbitrariedad. Lo ideal en el uso de este mecanismo es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor⁶⁶.

Podemos decir que el juicio de ponderación es una forma de razonamiento, el cual se inicia en el momento en el que un caso en particular colisionan dos derechos fundamentales, para lo cual deben ponderarse los contenidos esenciales de los mismos derechos en conflicto. Además, se exige que no existan jerarquías internas dentro de la Constitución. El proceso es establecer un orden de preferencia relativo a cada caso en concreto⁶⁷.

⁶² Cfr. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., p. 312.

⁶³ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales”, en: *Neoconstitucionalismo, derechos fundamentales y ponderación judicial*, op. cit., p. 60.

⁶⁴ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis, “Contenido esencial de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 107.

⁶⁵ Cfr. HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 abs. 2 Grundgesetz*, 3ª ed., Heidelberg, 1983. Citado por ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 288. Existe una versión al castellano: HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, (traducción de Joaquín Brage Camazano), Dykinson, Madrid, 2003.

⁶⁶ Cfr. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 189.

⁶⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 191.

Como hemos mencionado en líneas arriba, para Alexy⁶⁸ un principio es un mandato de optimización, es decir, normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Para el maestro alemán la ponderación se encuentra dentro de la proporcionalidad, el cual a su vez se descompone en otros subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

De esta manera, en cada caso particular donde se aplique la ponderación se requiere “acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada; esto es la actuación que afecte a un principio o derecho constitucional⁶⁹”.

Los principios representan la objetivación de los valores y su función consiste en actuar como guías de decisión, precisión y límite a la discrecionalidad de los jueces. Representan, por tanto, sustentos argumentativos que fundamentan soluciones para casos difíciles⁷⁰. En este sentido, la utilización del juicio de ponderación de bienes ocurre única y exclusivamente en los casos difíciles.

Para ilustrar lo anterior, mostraremos algunos de los casos más emblemáticos que han tenido algunos de los principios en las Constituciones y el papel preponderante que han desempeñado los Tribunales Constitucionales en el desarrollo social de un país. Para esto, recurrimos a precedentes jurisprudenciales clásicos que han sido paradigma y significaron un avance en la interpretación y argumentación judicial en Alemania además referimos un caso de nuestro país, México, los cuales consideramos, pudieran resultar atractivos para observar el lento desarrollo que han tenido el uso de estos instrumentos en la defensa de los derechos humanos. Alemania salía de la segunda posguerra, la tensa situación y polarización social, exigía la consolidación de sus instituciones; ante los casos más difíciles y complicados, el Tribunal Constitucional Alemán estuvo a la altura de estas circunstancias, consolidándose hasta ahora como uno de las mejores instituciones que ha logrado que la jurisprudencia sea materia viva para los habitantes de esta nación y servir de modelo a los países que se encuentran en esa transición.

Uno de los precedentes más significativos es el fallo de Nipperdey, donde el tribunal alemán se pronunció sobre la eficacia directa del precepto fundamental de la igualdad salarial entre hombres y mujeres ante la situación de igual rendimiento

⁶⁸ Recordemos que el contexto en el que ubica su teoría es el de un constitucionalismo discursivo donde concurren cinco relaciones: 1. Los derechos fundamentales; 2. La ponderación; 3. El discurso; 4. El control de constitucionalidad, y 5. La representación. Cfr. ALEXY, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en *Jueces y Ponderación Argumentativa*, I.I.J., UNAM, 2006, México, p. 1. El constitucionalismo discursivo, “es una empresa para institucionalizar la razón y la corrección. Si existen los argumentos correctos y razonables, así como, también, personas racionales, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control”. Ibid, pp. 18-19.

⁶⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 200.

⁷⁰ Cfr. TORRES ESTRADA, Pedro, “Las tendencias del derecho constitucional en México” en *Neoconstitucionalismo y estado de derecho*, op. cit., pp. 234-240.

laboral, caso que justificó la vinculación de los convenios colectivos a los derechos fundamentales⁷¹. Cabe mencionar que este fallo también dio origen a lo que se denomina eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares la denominada *drittwirkung der grundrechte*⁷².

El conflicto que dio origen en Alemania (el fallo Nipperdey relativo a la igualdad salarial entre hombres y mujeres) se debió precisamente a la inactividad legislativa para desarrollar el principio de igualdad jurídica entre hombres y mujeres. Razón por la cual el Tribunal Federal Constitucional de ese país tuvo que crear una norma legislativa (en razón de la existencia del principio de igualdad) para suplir la laguna, que por una inactividad legislativa no se encontraba en ese momento en la ley y que debía dar solución al caso concreto, de esta forma el Tribunal preponderó el principio de igualdad formal y material sobre el principio de autonomía de la voluntad que existe en materia contractual.

Posteriormente con el fallo Lüth del 15 de enero de 1958⁷³ se proclama la naturaleza de todo el conjunto de los derechos fundamentales como sistema valorativo, que penetra la totalidad del conjunto normativo y rige su interpretación. El fallo consistió en la revocación del fallo del Tribunal Estatal de Hamburgo de 22 de noviembre de 1951 donde condenaba a Veit Harlan, director de cine con antecedentes antisemitas a dejar de invitar a los dueños de los teatros alemanes y distribuidores de filmes, a no presentar dentro de su programación la película “Unsterbliche Geliebte” y de invitar al público alemán a no ver esa película, el fallo se fundamentó principalmente en la preponderación del principio de las buenas costumbres en oposición al principio de la libertad de expresión por parte del Tribunal Estatal, por lo cual el Tribunal Federal Constitucional Alemán revocó dicho fallo, ya que señalaba que la expresión de una opinión, que contenía un llamado a un boicot, no violaba las buenas costumbres, ya que podía estar justificada mediante la libertad de opinión al ponderar todas las circunstancias del caso en concreto.

⁷¹ Cfr. JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 95-96.

⁷² Cfr. JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, op. cit., BUCHER, Eugen, “Drittwirkung der Grundrechte”? Überlegungen zu “Streikrecht” und “Drittwirkung” i. S. von BGE 111 II 245-259, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ), Bd. 83, Schweiz, 1987, disponible en: www.eugenbucher.ch/pdf_files/41.pdf. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, en *Cuadernos Constitucionales, México-Centroamérica*, Núm. 27, UNAM, IJ, México, 1998.

⁷³ Sentencia de la Sala Primera de 15 de enero de 1958 en proceso sobre el recurso de amparo del director del Senado Erich Lüth en Hamburgo, en contra de la sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo de 22 de noviembre de 1951. BvF 7,198. Cfr. SCHWABE, Jürgen, (compilador de sentencias), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, (traducción de Marcela Anzola Gil), Konrad-Adenauer-Stiftung, ed. Gustavo Ibáñez, Colombia, 2003, pp. 132-137.

México no ha sido una excepción a este tipo de casos judiciales. Un claro ejemplo puede ser el programa “*Hoy no circula*” en el Distrito Federal⁷⁴, donde observamos que el principio a un medio ambiente saludable colisiona con el ejercicio de la libertad de tránsito. Constatamos en este caso que están en juego dos principios fundamentales. No obstante, la Suprema Corte de Justicia en nuestro país ha decidido preponderar el derecho colectivo que tiene toda persona a un medio ambiente saludable por encima del principio a la libertad de tránsito. El fallo judicial se dio racionalizando el argumento en particular y la situación en concreto. El problema que se quería atajar era los efectos devastadores causados por el alto índice de contaminación en el Distrito Federal.

Quizá un caso emblemático para ilustrar el tema que abordamos es el famoso caso del “*poeta maldito*” Sergio Witz con fallo de 15 de octubre de 2005. La primera sala de la *Suprema Corte de Justicia de México* resolvió sobre la constitucionalidad del tipo penal de “*ultrajes a los símbolos nacionales*” establecido en nuestro Código Penal Federal permitiendo que se le siguiera un proceso penal al poeta Sergio Witz por haber publicado en una Revista del Estado de Campeche un poema, que según la mayoría de esta Sala de la Suprema Corte, ultrajaba los símbolos nacionales. Para algunos juristas que discrepaban de la opinión de los ministros, el razonamiento meritaba un análisis basado en los *principios de taxatividad y proporcionalidad en materia penal*, puesto que el tipo penal de ultraje a los símbolos nacionales era *excesivamente abierto y manifiestamente desproporcionado*, razón por la cual violaría los principios antes aludidos y permitía al Estado perseguir a los escritores que ejercían su derecho a la libertad de expresión⁷⁵. Creemos que esto muestra los retrocesos y llagas que ha dejado el positivismo jurídico en los países latinoamericanos.

⁷⁴ Dicho Programa fue creado debido al alto índice de contaminación registrado en esta Ciudad a inicios de los años noventa, este programa permite circular en la capital del país sólo a determinados vehículos en ciertos días, mediante un sello de colores (calcomanía) que proporciona el Gobierno del Distrito Federal (Capital de México) a cada uno de los propietarios de determinado vehículo. De esta forma, a guisa de ejemplo, un automóvil puede tener permitido circular los días lunes, miércoles y viernes y prohibidos los martes y jueves.

⁷⁵ En palabras del jurista Miguel Carbonell: “Los ministros Sergio Valls, José de Jesús Gudiño y Olga Sánchez votaron a favor de la constitucionalidad del tipo penal [...] con esa votación permitieron que siguiera adelante un proceso penal abierto en contra del poeta Sergio H. Witz por haber publicado un poema menor en una revista marginal del Estado de Campeche [...] los tres ministros consideraron que en México se puede perseguir penalmente a una persona por haber escrito una poesía que, según algunos, “ultraja a la bandera”. Cfr. CARBONELL, Miguel, “Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión” en *Isonomía*, No. 24, México, Abril 2006, p. 172. Existieron más replicas de diversos juristas bastante interesantes al respecto entre las que se encuentran: Cfr. POU, Francisca, El precio de disentir. El debate interno en la Corte, *Isonomía*, No. 24, México, Abril 2006, pp. 187-197. Cfr. LÓPEZ SALAS, Rafaela, “El caso Sergio Witz: ¿Un conflicto de derechos?” en *Cuestiones Constitucionales*, Número 16, México, Enero-Julio 2007, pp. 435-449. También se publicó el Voto de la minoría disidente de los ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan Silva Meza, *Isonomía*, No. 24, México, Abril 2006, pp. 201-217.

4. Los Principios interpretativos en los Tratados y Declaraciones Internacionales en materia de derechos humanos.

Una vez establecidas las premisas generales en materia de interpretación y argumentación iusfundamental, podemos clasificar algunos principios que cotidianamente se aplican en materia de derechos fundamentales, ya que es el escenario judicial donde se desenvuelve la interpretación de los derechos fundamentales⁷⁶. Varios de estos principios están contenidos en diversos Tratados y Declaraciones Internacionales, otros se infieren de la distinta y variada jurisprudencia y doctrina que existe al respecto.

En el caso de nuestro país, México, se han firmado más de 150 Tratados, Convenciones y Declaraciones internacionales en materia de derechos humanos. Haremos referencia a los más trascendentales y que tienen similitud con otros países de Latinoamérica, ya que también han sido ratificados por estas naciones.

El artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece varios criterios interpretativos⁷⁷ entre los que se hallan:

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

Así mismo los siguientes artículos de los Pactos y Convenciones señaladas debajo reafirman los principios de manera particular en la materia correspondiente de cada Tratado:

⁷⁶ CARPIO MARCOS, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, p. 19.

⁷⁷ La Sección Tercera de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se refiere a las reglas generales de interpretación de los Tratados, entre las que se encuentran: principio del sentido corriente de los términos, principio del contexto, principio de la conformidad con el objeto y fin del tratado y principio de buena fe.

- El artículo 24 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reafirma los principios enunciados arriba, refiriendo lo siguiente:

ARTÍCULO 24.- Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el presente Pacto.

ARTÍCULO 25.- Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

- Artículos 46 y 47 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, dichos artículos refieren, en esencia, lo establecido en el párrafo precedente.

Considero que el complejo sistema de Tratados, Convenciones y Declaraciones de derechos humanos internacional debe ser entendido como un sistema jurídico integral enunciativo y no limitativo. Es decir, cada uno de los Tratados puede ser ampliado y/o complementado con otros, para esto existen los mecanismos de interpretación y argumentación a los cuales hemos hecho referencia en líneas arriba.

Aunado a lo anterior, debemos recalcar que existen en el sistema jurídico internacional ciertos principios básicos para la interpretación y argumentación cuando se trata de derechos fundamentales. El maestro Edgar Carpio refiere ciertos principios sobre los derechos humanos entre los que se encuentran⁷⁸:

- Principio *pro homine*, el cual tiene dos variantes: el *principio de preferencia interpretativa*, en la cual el intérprete ha de preferir la interpretación que más optimice (como diría la doctrina alemana) el derecho humano en cuestión. Este principio queda escindido en otros subprincipios: *de favor libertatis*, *favor debilis*, *in dubio pro reo*, *in dubio pro actione*, entre otros. El segundo principio es *de preferencia de normas*, el cual refiere que si se puede aplicar más de una norma al caso en particular, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. Los anteriores principios se desprenden de los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos respectivamente.

- *Principio de posición preferente de los derechos fundamentales*, conforme a este principio, el intérprete se enfrenta a distintos derechos que entran en colisión. Como podemos observar, este principio tiene íntima relación con el juicio de ponderación, ya que en esta forma de razonamiento se extrae el contenido

⁷⁸ CARPIO MARCOS, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 41 y ss.

esencial del derecho fundamental y se establece una jerarquía de principios para resolver el caso en particular. Los ejemplos referidos en líneas precedentes ayudan a ilustrar el presente principio, recordemos uno de los ejemplos cotidianos y que mencionamos líneas atrás: el principio de libertad de expresión frente al de las buenas costumbres, el principio de la autonomía de la voluntad en los contratos de trabajo donde se estipulan cláusulas que establecen condiciones inferiores de trabajo frente a los derechos sociales de los trabajadores que son reconocidos en el ordenamiento jurídico a nivel constitucional.

- *Mayor protección de derechos*, este principio establece que la regulación de los derechos en las distintas Cartas Constitucionales es solamente un mínimo de derechos que puede ser ampliados por los intérpretes constitucionales o el legislador (vía normativa). Este principio es vinculatorio, ya que relaciona a los distintos poderes ejecutivo o legislativo en la creación de medios adecuados para la satisfacción de los derechos, ya sea a través de la creación de políticas públicas eficientes o en la promulgación de leyes que vayan en concordancia con los objetivos de protección y garantía de los derechos humanos. En nuestro país el escaso o nulo conocimiento de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos provoca en ocasiones que ni los mismos intérpretes judiciales estén preparados para la aplicación de estos instrumentos en la jurisdicción común al resolver sus casos.

- *Fuerza expansiva de los derechos*: puede ser visto desde la perspectiva de la universalidad que deben tener los derechos humanos, o bien, la eficacia horizontal y vertical que tienen los derechos fundamentales (caso de la *drittwirkung der Grundrechte*).

5. Conclusiones y análisis de la optimización, adecuación e idoneidad de los principios en los sistemas jurídicos: el modelo garantista.

Brindaré un panorama sobre la tensa situación que vive nuestro país en lo que respecta a los principios referentes a los derechos humanos, para esto, creo que el derecho penal es uno de las áreas más delicadas y sugestivas y de esta forma entender el avance que ha tenido el Estado de derecho, pues aquí se deben combinar ciertos lineamientos (*principios*) elementales que deben ser respetados tanto para la víctima como para el acusado; en este sentido, nuestro país no ha sido un modelo que ayude a respetar estos principios interpretativos. En México el índice de efectividad de la justicia penal es apenas del 1% y esto trae consigo lo que han denominado los expertos como la *subversión de los principios del proceso penal*⁷⁹, es decir, los principios de *oralidad, publicidad, legalidad, contradicción,*

⁷⁹ En México de cada 100 delitos que se cometen, sólo se denuncian 25, y de ese 25% solo se consigna ante el juez al 1.6%, condenándose posteriormente al 1.06%. Vid. ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y ministerio público en México*, F.C.E, CIDAC, México, 2004.

*inmediación, inmediatez, publicidad, probidad, lealtad, presunción de inocencia, igualdad*⁸⁰, se vuelven nugatorios durante el desarrollo de un proceso penal en nuestro país. Cabe señalar que el fenómeno de la impunidad en México tiene causas más complejas, como el nulo o deficiente manejo de la procuración de justicia por parte de los *Ministerios Públicos*, algo que pudieran clasificar algunos teóricos como netamente problema administrativo, no obstante, consideramos que este problema también es un conflicto de *interpretación y argumentación judicial*, ya que los intérpretes del derecho están obligados a hacer que estos principios tengan vida durante el drama penal que viven a diario miles de personas en nuestro país; esto lo demuestra el reciente informe del organismo *Human Right Watch*⁸¹, el cual muestra el poco avance de los derechos humanos en México, ya que los organismos encargados de procurar y administrar justicia no desempeñan adecuadamente su labor.

A manera de conclusión, quisiéramos ahondar y dejar en claro nuestra postura relativa a la argumentación e interpretación de los derechos fundamentales. En lo particular, considero que uno de los mejores modelos para defender los derechos es el garantista, en este sentido, vale la pena referirse al criterio axiológico defendido por el jurista italiano Luigi Ferrajoli⁸², el citado iusfilósofo propone una redimensión de los valores clásicos que han fundamentado los derechos, y formula los siguientes: *la igualdad, democracia, la paz y la tutela del más débil*.

En este mismo sentido, Ferrajoli desarrolla el paradigma de la democracia constitucional hacia tres directrices:

1/garantizar todos los derechos (de libertad y sociales, de tercera y cuarta generación);

2/frente a todos los poderes públicos y privados (los del mercado);

3/en todos los niveles estatal e internacional, se debe transitar de los derechos del ciudadano a los derechos de la persona⁸³.

⁸⁰ Vid. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama del proceso penal*, Porrúa, México, 2004; JIMÉNEZ DE AZUA, Luis, *Tratado de derecho penal*, T. I, Losada, Buenos Aires, 1950; ZAMORA PIERCE, Jesús, *Garantías y proceso penal*, Porrúa, México, 2003, (12ª ed.); HERNÁNDEZ PLIEGO, Antonio, *El proceso penal mexicano*, Porrúa, México, 2003.

⁸¹ En este informe se denuncian las presuntas violaciones a toda clase a los derechos humanos como abusos sexuales a población civil, torturas, incommunicaciones, cateos ilegales, entre otros crímenes, cometidos en la mayoría por el *ejército mexicano*. Cfr. Human Right Watch, *Mexico's National Human Rights Commission a Critical Assessment*, Vol. 20, no. 1, February 2008, ver especialmente pp. 62-65.

⁸² El maestro Ferrajoli, con influencia de la Escuela de Turín, propone un *modelo iuspositivista crítico* ante el clásico modelo *iuspositivista dogmático*. En este modelo el juez se encuentra obligado a emitir juicios de validez de las normas, dotando de sustancia a las mismas leyes ante la existencia de lagunas y antinomias en la ley, procurando la discrecionalidad en los juicios de validez que emite. Cfr. FERRAJOLI, "Iuspositivismo crítico y democracia constitucional", en *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Fontamara, 2004. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 886-880. Vid. AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SÁNCHEZ?, Rogelio, "Los derechos fundamentales en la teoría garantista de Luigi Ferrajoli", en *IUSTITIA. Revista Jurídica del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey*, No. 17, Monterrey, octubre, 2007, pp. 157-206.

⁸³ FERRAJOLI, *Iuspositivismo crítico y democracia constitucional, op. cit.*, p. 277.

En la actualidad, considero que la propuesta garantista es una de las más atrevidas y sugerentes de la teoría del derecho. Pero antes de continuar nuestra exposición, cabría cuestionarnos sobre la relación que tienen los principios con el fundamento o modelo o sistema jurídico de derechos.

En este sentido, creemos que las necesidades y aspiraciones de una sociedad evolucionan conforme las instituciones y la sociedad así lo exigen. En la antigüedad existía la esclavitud incluso como institución en el derecho romano, hicieron falta muchas luchas y movimientos sociales para que fuera erradicada casi por completo o por lo menos sí constitucionalmente hace apenas un poco más de dos siglos. Con posterioridad, la modernidad trajo como consecuencia la consagración del principio de la dignidad humana como una cualidad inherente al ser humano por el simple hecho de existir. La exigencia de la protección de ciertos derechos considerados como inalienables e intransferibles como la vida, libertad y la propiedad comenzaron ser exigidos por las revoluciones liberales inglesa, americana y francesa; posterior a estos grandes movimientos sociales comenzaron a surgir nuevas necesidades sociales, en especial las del proletariado, de esta manera los derechos sociales de los trabajadores se convirtieron en la nueva meta para el incipiente Estado derecho. De igual manera, creemos que las distintas *generaciones de derechos* responden a estos llamados de necesidades y contextos históricos determinados, ahora se comienza a tocar el tema de una quinta generación de derechos entre los que se encuentra el derecho a la jurisdicción universal de los crímenes de *lesa humanidad*.

En la actualidad se habla de un *derecho a la migración*, en razón de la defensa de los más débiles que son los inmigrantes, los cuales buscan mejores oportunidades de progreso social y económico, o bien que huyen de situaciones de extrema pobreza, como sucede en África y las Islas Canarias en España o bien la situación de la ciudadanía de los migrantes latinos en los Estados Unidos de Norteamérica. En este sentido, se habla de eliminar el criterio de la *ciudadanía* que ha funcionado en los *Estados nación* para el otorgamiento de los derechos fundamentales, en razón de que esta siendo un factor determinante y discriminatorio

⁸⁴ En este sentido, Thomas Marshall definió a la ciudadanía como posesión de derechos y pertenencia a una comunidad. “La noción marshalliana de ciudadanía se inscribe en la tradición republicana que tiene como antecedentes a Aristóteles, Maquiavelo y Rousseau. La construcción de la ciudadanía ha recorrido tres etapas históricas: los derechos civiles del siglo XVIII, derechos políticos del siglo XIX y, un último estadio, los derechos sociales en el siglo XX. Sin lugar a dudas, el movimiento ilustrado del siglo XVIII significó la conquista de la *ciudadanía civil* (derechos civiles): los derechos que promueven el imperio del derecho como el derecho a un juicio justo, acceso igualitario a la justicia derecho de propiedad privada, las garantías de indemnización en caso de expropiación, el habeas corpus. El siglo XIX fue la construcción de la *ciudadanía política*: los derechos de participación política, derechos de sufragio, de expresión, de asociación, el derecho al ejercicio del poder político “elegir y ser elegido”. En el siglo XX se accede a la formación de la *ciudadanía social* (derechos sociales). Estos aluden a la garantía para los ciudadanos de la titularidad de los estándares históricos, económicos y sociales de una sociedad determinada”. AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SÁNCHEZ?, Rogelio, “Los derechos fundamentales en la teoría garantista de Luigi Ferrajoli”, *op. cit.*, p. 168. Vid. MARSHALL, Th. H. *Citizenship and Social Class*, 1950, (trad. cast. Marshall, Th. H, y Bottomore), T. *Ciudadanía y Clase social*, (trad. Pepa Linares), Alianza Editorial, Madrid, 1998.

para excluir a las personas como los inmigrantes en el disfrute pleno de los mismos⁸⁴. La naturaleza supranacional de los derechos fundamentales tiene relación especial con la distinción que actualmente se ha ido desarrollando entre ciudadanía y persona. En el famoso ensayo *Citizenship and Social Class*, Thomas Marshall expone una tipología de derechos pertenecientes a la ciudadanía, los cuales están divididos en tres clases: derechos civiles, políticos y sociales. El destacado filósofo del Derecho Ferrajoli ha expuesto una cierta inconmensurabilidad o incomunicabilidad entre los estudios jurídicos y sociológicos en materia de “ciudadanía” que deja al derecho sin las aportaciones de los estudios filosóficos y sociológicos para un análisis realista del grado de efectividad de los derechos y las condiciones económicas, políticas y sociales de su garantía⁸⁵.

En la actualidad, los operadores jurídicos juegan un papel imprescindible en esta nueva etapa de vivencia de los derechos fundamentales; pues bien hemos referido líneas arriba que debido a nuestra herencia romano-canónica, la tradición de interpretación y argumentación por parte de los jueces había estado vedada. Hoy en día, la reinención de los modelos clásicos de derechos humanos, han permitido que el juez constitucional en Latinoamérica tenga una mayor legitimación ciudadana.

El iuspositivismo como corriente predominante para la fundamentación y justificación de los derechos humanos ha perdido su legitimidad. Hoy más que nunca, las ciencias jurídicas y en especial, la disciplina constitucional, se encuentran reinventando las posturas iusfilosóficas que han servido de fundamento a las distintas Constituciones en el mundo⁸⁶. Los derechos humanos no han escapado a este proceso innovador y reformador. El anticuado modelo positivista y decimonónico, prevaleciente durante casi todo el siglo pasado y que comienza a agotarse a partir de la segunda posguerra, parece en definitiva sucumbir ante las arrolladoras concepciones que se tienen sobre los derechos como principios y valores que impregnan todo el ordenamiento jurídico.

El modelo legicentrista del cual somos herederos la mayoría de los países latinoamericanos nos aleja de la visión dinámica, abierta y dúctil para el fomento, desarrollo y aplicación de los derechos fundamentales. Los Tribunales Constitucionales se convierten en la mera reproducción del discurso político en

⁸⁵ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “De los derechos del ciudadano a los de la persona”, en FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 98.

⁸⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio, “Los derechos fundamentales ante el paradigma del constitucionalismo contemporáneo” en VELÁSQUEZ RAMÍREZ, Ricardo y BOBADILLA REYES, Humberto (Coord.) *Justicia Constitucional, Derecho Supranacional e integración en el Derecho Latinoamericano*, Ed. Grijley, Lima, 2007, pp.195-210.

turno⁸⁷. Es obligación del juez constitucional actualizar y rematerializar nuestras Cartas de Derechos Fundamentales.

Considero que debemos de evolucionar hacia el reconocimiento de la necesaria reconexión entre el derecho y moral, permitiendo a nuestros interpretes judiciales llevar a cabo la labor interpretativa que les fue negada por mucho tiempo. Personalmente, disiento con la postura de quienes creen que esto nos llevaría a un gobierno de jueces ya que haciendo uso de la historia constitucional y realizando un análisis reflexivo de la misma. Consideramos que en nuestras naciones no ha habido realmente una auténtica tradición jurisprudencial en materia de interpretación y argumentación de derechos fundamentales sino todo lo contrario, hemos permanecido bajo la sombra de un legicentrismo ridículo, formalista y absurdo en las postrimerías del siglo XXI, donde hemos dado mayor importancia al procedimiento de creación de normas que a la aplicación y vivencia de los derechos fundamentales.

En este aspecto, somos conscientes de lo manifestado por el maestro José Ramón Cossío⁸⁸ cuando niega la existencia de una teoría constitucional en México y que pudiera ser aplicable a muchas de los países de Latinoamérica⁸⁹, lo cual pudiera llevarnos a pensar sobre la inexistencia también de una teoría en materia de derechos fundamentales. La actividad del poder judicial será siempre una controversia, sobre todo en nuestro país donde los paradigmas decimonónicos siguen impregnando la cultura jurídica de una gran mayoría de juristas, pues el principio de la voluntad democrática depositada en el Congreso de la Unión frente o la legitimidad del poder ejecutivo (también democrático) no puede ser equiparada a la legitimidad del juez, quien hace uso de estos instrumentos, reglas de la argumentación e interpretación, la lógica y el sentido común, pues estas son las que legitiman su labor cotidiana.

La falta de credibilidad y legitimación del poder judicial en nuestro país⁹⁰ es otro de los graves problemas. Debemos reconocer las ausencias en materia interpretativa de los Tribunales superiores como inferiores, así como el reconocimiento por parte de las instituciones profesionalizadoras de nuestros

⁸⁷ La Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) estuvo sojuzgada bajo el predominio del Partido Oficialista durante la mayor parte del siglo XX. Al respecto Vid. Cfr. CARDENAS GRACIA, Jaime, "Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico", en *Neonstitucionalismo y estado de derecho*, op. cit., pp. 41-66.

⁸⁸ Ver las excelentes obras del ministro José Ramón Cossío de la SCJN en México: *Teoría Constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, Fontamara, México, 2002; *Dogmática Constitucional y Régimen Autoritario*, Fontamara, México, 1998.

⁸⁹ Cabe mencionar que han existido grandes progresos en el derecho procesal constitucional en América del Sur, Centroamérica y el Caribe, ejemplo de ello es el Código Procesal Constitucional Peruano, los aportes desde la doctrina por parte de autores como don Héctor Fix Zamudio en México, Néstor Pedro Sagüés en Argentina, Domingo García Belaunde en Perú, entre otros autores de gran relevancia para esta rama de la ciencia jurídica. Vid. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, "El derecho procesal constitucional en expansión. Crónica de un crecimiento" en *Justicia Constitucional, Derecho Supranacional e integración en el Derecho Latinoamericano*, op. cit., pp. 13-31.

⁹⁰ Cfr. CONCHA CANTU, FIX-FIERRO, Héctor y otros, *Cultura de la Constitución en México, Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, I.I.J., UNAM, 2004.

operadores jurídicos al haber sido educados bajo el viejo modelo iuspositivista decimonónico ambiguo, estrecho y formalista el cual fue incapaz de resolver nuestras problemas jurídicos concretos.

Hoy más que nunca, como bien lo apuntaba la maestra Marta Nussbaum al referirse a uno de los ideales más antiguos que ha tenido el ser humano, identificado por ella como “justicia poética”, reposa ya no solamente sobre ciertos conocimientos técnico legales, conocimiento de la historia y de los precedentes (jurisprudencia) o atención a la debida imparcialidad, *los jueces*, “deben ser capaces de “fantasear” y comprender. “No sólo deben afinar sus aptitudes técnicas, sino su capacidad humana. En ausencia de esta capacidad, la imparcialidad es obtusa y la justicia, ciega. En ausencia de esta capacidad las voces “largamente mudas” que procuran hablar por medio de esa justicia permanecerán en silencio, y el “sol naciente” del juicio democrático quedará velado. En ausencia de esta capacidad, las “interminables generaciones de prisioneros y esclavos” nos rodearán con su dolor y tendrán menos esperanza de libertad”⁹¹.

Bibliografía.

AGUILERA PORTALES, Rafael, “Universalidad de los derechos humanos y crítica de las teorías de la naturaleza humana en el pragmatismo de Richard Rorty”, en *Universitas*. (Revista de Filosofía, Derecho y Política), Universidad Carlos III de Madrid, n° 5, enero 2007, pp. 47-75.

- “Estudio introductorio” en ZARAGOZA HUERTA, José, AGUILERA PORTALES, Rafael, NÚÑEZ TORRES, Michael, *Los derechos humanos en la sociedad contemporánea*, México, Editorial Lago, 2007.

- “La Constitución y la desobediencia civil como proceso en la defensa de los Derechos fundamentales” en *Criterio Jurídico*, Universidad Javeriana, Santiago de Cali, Colombia, Vol. VI, 2006, pp.93-115.

AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SÁNCHEZ?, Rogelio, “Los derechos fundamentales en la teoría garantista de Luigi Ferrajoli”, en *IUSTITIA*. (Revista Jurídica del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey), No. 17, Monterrey, octubre, 2007, pp. 157-206.

ALEXY, Robert, ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp-Verlag, 1986, trad. cast. *Teoría de los derechos fundamentales*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), CEPC, Madrid, 2002, (3ª reimp.).

⁹¹ NUSSBAUM, Martha, *Poetic justice*, Beacon Press, Boston, 1995, trad. cast., *Justicia poética*, trad. Carlos Gardini, Andrés Bello, Santiago de Chile, Barcelona, 1997.

- *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, trad. cast., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), CEPC, Madrid, 1997.

- *Teoría de la argumentación jurídica*, CEPC, Madrid, 1997.

- *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y ALEX Y Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006.

ASÍS, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, Dykinson, España, 2000.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, IJ, UNAM, México, 2003.

- "El derecho como argumentación", en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, Fontamara, México, 2004.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

BOBBIO, Norberto, *El Positivismo Jurídico*, Debate, Madrid, España, 1998.

- *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, España, 1998.

BÖCKENFÖRDE, E. W., "Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation" en *NJW*, 1974.

BOVERO, Michelangelo, "Democracia y derechos fundamentales", *Isonomía* No. 16, Abril 2002, México.

BUCHER, Eugen, "Drittwirkung der Grundrechte"? Überlegungen zu "Streikrecht" und "Drittwirkung" i. S. von BGE 111 II 245-259, *Schweizerische Juristen-Zeitung* (SJZ), Bd. 83, Schweiz, 1987, disponible en: www.eugenbucher.ch/pdf_files/41.pdf.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, Porrúa, CNDH, UNAM, México, 2005.

- *Los derechos fundamentales en México*, Porrúa. México, 2005.

- "Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión" en *Isonomía*, No. 24, México, Abril 2006, pp. 171-186.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, "Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico" en *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, TORRES ESTRADA, Pedro (comp.), México, Limusa, 2006.

- *La argumentación como derecho*, UNAM, I.I.J., México, 2007, (2ª reimp.).

CARPIO MARCOS, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, en *Cuadernos Constitucionales, México-Centroamérica*, Núm. 27, UNAM, III, México, 1998.

COMANDUCCI Paolo, “Formas de Neoconstitucionalismo, un análisis metateórico”, en CARBONELL, Miguel (cord.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 83-87.

CONCHA CANTU, FIX-FIERRO, Héctor y otros, *Cultura de la Constitución en México, Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, I.I.J., UNAM, 2004.

COSSÍO, José Ramón, *Dogmática Constitucional y Régimen Autoritario*, Fontamara, México, 1998.

- *Teoría Constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, Fontamara, México, 2002.

CONCHA CANTU, FIX-FIERRO, Héctor y otros, *Cultura de la Constitución en México, Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, III, UNAM, 2004.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, España, 1999.

- *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, Ariel, España, 1999.

JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

ETO CRUZ Gerardo, “John Marshall y la sentencia Marbury vs. Madison”, *Derecho Procesal Constitucional*, cord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Tomo I, Porrúa, México, 2002, pp. 21-63.

FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, “La aportación de las teorías contractualistas”, en *La filosofía de los derechos humanos*, Capítulo VI, Volumen II, Tomo II, Siglo XVII, en *Historia de los derechos fundamentales*, Edición coordinada por PECES BARBA, M. Gregorio, FERNANDEZ GARCÍA y otros, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 3-42.

FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005.

- *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Fontamara, México, 2004.

- *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006.

- *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1998.

- *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Nuevas tendencias del derecho constitucional en Europa”, en *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, TORRES ESTRADA, Pedro (comp.), México, Limusa, 2006.

FIORAVANTI, Mauricio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001.

- *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “El derecho procesal constitucional en expansión. Crónica de un crecimiento” en VELÁSQUEZ RAMÍREZ, Ricardo y BOBADILLA REYES, Humberto (Coord.) *Justicia Constitucional, Derecho Supranacional e integración en el Derecho Latinoamericano*, Ed. Grijley, Lima, 2007, pp. 13-31.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Panorama del proceso penal*, Porrúa, México, 2004.

GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001.

HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.

- *El Estado Constitucional*, III, UNAM, 2001.

- *Libertad, igualdad y fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, (trad. de Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, prólogo de Antonio López Pina), Madrid, Trotta, 1998.

- *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 abs. 2 Grundgesetz*, 3ª ed., Heidelberg, 1983, vers. cast. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, (traducción de Joaquín Brage Camazano), Dykinson, Madrid, 2003.

HABERMAS, Jürgen, “Derecho natural y revolución” en: *Teoría y Praxis. Estudios de filosofía social*, Tecnos, Madrid, 2000.

- *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, (Introducción y traducción de Manuel Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1998.

HERNÁNDEZ PLIEGO, Antonio, *El proceso penal mexicano*, Porrúa, México, 2003.

JIMÉNEZ DE AZUA, Luis, *Tratado de derecho penal*, T. I, Losada, Buenos Aires, 1950.

JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, 2000.

LOCKE, John, *Concerning Civil Government, Second Essay*, Great Books, Encyclopedia Britannic, Chapter XI. USA, Inc. V.33, 2nd ed., 1996.

LÓPEZ SALAS, Rafael, “El caso Sergio Witz: ¿Un conflicto de derechos?” en *Cuestiones Constitucionales*, Número 16, México, Enero-Julio 2007, pp. 435-449.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio, “Los derechos fundamentales ante el paradigma del constitucionalismo contemporáneo” en VELÁSQUEZ RAMÍREZ, Ricardo y BOBADILLA REYES, Humberto (Coord.) *Justicia Constitucional, Derecho Supranacional e integración en el Derecho Latinoamericano*, Ed. Grijley, Lima, 2007, pp.195-210.

- “Nuevos instrumentos para la interpretación de los derechos fundamentales (Un estudio sobre el juicio de ponderación)”, en *Revista Conocimiento y Cultura Jurídica*. (Revista Semestral de Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León), No. 2, Monterrey, México, 2007, pp. 189-218.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Tomo I, Garnier Hermanos, Paris, 1908.

NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 1989

NÚÑEZ TORRES, Michael, *La capacidad legislativa del gobierno desde el concepto de institución*, Porrúa, México, 2006.

“Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI o el regreso a las concepciones clásicas del Estado” en *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, TORRES ESTRADA, Pedro (comp.), México, Limusa, 2006.

NUSSBAUM, Martha, *Poetic justice*, Beacon Press, Boston, 1995, trad. cast. *Justicia poética*, trad. Carlos Gardini, Andrés Bello, Santiago de Chile, Barcelona, 1997.

PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid.1999.

- *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate, Madrid, 1993.

- “La Constitución en la cultura política y jurídica moderna” en *La Constitución y los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006,

PECES BARBA, MARTINEZ, Gregorio, y DORADO PORRAS, Javier, “Derecho, sociedad y cultura”, en: *El contexto social y cultural de los derechos. Rasgos generales de evolución*, Capítulo I, Volumen I, Tomo II, Siglo XVII, *Historia de los derechos fundamentales*, Edición coordinada por PECES BARBA, M. Gregorio, FERNANDEZ GARCÍA y otros, Dykinson, Madrid, 2001.

- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1994.
- *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2001.
 - *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 2005.
- POU, Francisca, “El precio de disentir. El debate interno en la Corte”, en *Isonomía*, No. 24, México, Abril 2006, pp. 187-197.
- PRIETO SANCHÍS, Luís, “Derechos fundamentales”, en *El derecho y la Justicia*, Trotta, Madrid, 1996.
- *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002.
 - *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.
 - *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1999.
 - *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2002.
 - “Contenido esencial de los derechos fundamentales”, en CARBONELL, Miguel (cord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, Porrúa, IJ, México, 2002.
 - “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en *Neoconstitucionalismo (s)*, Coordinador Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003, p. 157.
 - *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002.
- RAWLS, John, *Liberalismo político*, F.C.E., México, 1996.
- ROSSEAU, Jacob, *El Contrato Social*, Libro I, Garnier, París, 1909.
- SCHWABE, Jürgen, (compilador de sentencias), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, (traducción de Marcela Anzola Gil), Konrad-Adenauer-Stiftung, ed. Gustavo Ibáñez, Colombia, 2003.
- SERNA, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Porrúa, México, 2006.
- TORRES, Estrada, Pedro, “Las tendencias del derecho constitucional en México” en *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, Pedro Torres Estrada coord., Limusa, México, 2006, pp. 227-242.
- TRIBE H., Laurence, *American Constitutional Law*, 2nd. The Foundation Press Inn, Inc., Mienola, New York, 1988.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Trotta, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1999.

- *Historia y constitución*, Trotta, Madrid, 2005,

ZAMORA PIERCE, Jesús, *Garantías y proceso penal*, Porrúa, México, 2003, (12ª ed.).

ZEPEDA LECUONA, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y ministerio público en México*, F.C.E, CIDAC, México, 2004.

Bibliografía Secundária:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Vigente, disponible en:

<http://www.cddhcu.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969.

Declaración Universal de Derechos Humanos, disponible en: <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>

Human Right Watch, *Mexico's National Human Rights Commission a Critical Assessment*, Vol. 20, no. 1, February 2008.

Sentencia de la Sala Primera de 15 de enero de 1958 en proceso sobre el recurso de amparo del director del Senado Erich Lüth en Hamburgo, en contra de la sentencia del Tribunal Estatal de Hamburgo de 22 de noviembre de 1951. BvF 7,198. Cfr. SCHWABE, Jürgen, (compilador de sentencias), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, (traducción de Marcela Anzola Gil), Konrad-Adenauer-Stiftung, ed. Gustavo Ibáñez, Colombia, 2003, pp. 132-137.

Votos particulares de la minoría disidente de los ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan Silva Meza, en *Isonomía*, No. 24, México, Abril 2006, pp. 201-217.